تطور القانون

دكتور
السيد عبد الحميد فوده
أستاذ فلسفة القانون وتاريخه المساعد
كلية الشريعة والقانون بطنطا - جامعة الأزهر

الطبعة الأولى
٢٠٠٣

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت بالقاهرة

اسم الكتاب: تطور القانون.

المؤلف: دكتور/ السيد عبد الحميد فوده.

الناشر: دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت - القاهرة.

حقوق التأليف: جميع حقوق الطبع محفوظة ولا يجوز إعادة طبع أو استخدام كل أو جزء من هذا الكتاب إلا وفقاً للأصول العلمية والقانونية المتعارف عليها.

الطبعة: الأولى.

سنة الطبع: ٢٠٠٣.

رقم الإيداع: ١٨٧٢٢ / ٢٠٠٢.

الترقيم الدولي: I.S.B.N. 477 - 04 - 3959 - 2

المطبعة: دار ياسر للدعاية والإعلان ومستلزمات الكمبيوتر
٥٧ شارع كفر عصام - طنطا.

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وما أوتيتم من العلم إلا قليلاً﴾

صدق الله العظيم

إهداء

إلى زوجتى

جعلها الله عوناً لى دائماً فى شدائد الأزمات،

وإلى جوارى أبداً فى أسعد الأوقات.

دكتور/ السيد فوده

إهداء

مقدمة

القانون وحتمية التطور:

القانون هو أحد المؤسسات الجوهرية فى حياة الإنسان الاجتماعية، ولولاه لأصبح الإنسان مخلوقاً مختلفاً عما هو عليه. وقد دلت التجربة على أن القانون أحد القوى التى تساعد على تحضر المجتمع الإنسانى، كما دلت أيضاً على أن نمو الحضارة قد ارتبط على الدوام بالتطور التدريجى لنظام من القواعد الشرعية، ولجهاز يجعل تنفيذها فعالاً ومنتظماً(١). فالقانون ظاهرة اجتماعية متصلة الحلقات، وهو بهذا الوصف يوجد بوجود الأفراد فى جماعة، لأن الإنسان اجتماعى بطبعه، لا يعيش وحده وإنما يعيش فى المجتمع، وهو أيضاً نظامى بطبعه يميل إلى النظام ولا يستقيم أمره إلابه(٢).

---

(١) لورد/ دينيس لويد: فكرة القانون، تعريب الأستاذ/ سليم الصويص ومراجعة الأستاذ/ سليم بسيسو، سلسلة عالم المعرفة، العدد ٤٧، نوفمبر ١٩٨١، ص٥ .

(٢) وفى ضوء ذلك يجب إستبعاد الرأى الذى يذهب إلى أن الجماعات الأولى فى تاريخ البشرية لم تكن تعرف صورة القواعد القانونية، حيث إن الجماعات البشرية وحتى الهمجية أو البدائية عرفت أنماطاً من التنسيق والتعاون فيما بينها. وكما يقول الأستاذان موريه ودافى: «إن الإنسان إذا كان بطبيعته حيواناً اجتماعياً، فهو كذلك حيوان نظامى، أي أنه يستشعر ضرورة القواعد المنظمة». أنظر فى ذلك دكتور/ صبيح مسكونى: تاريخ القانون العراقى القديم، الطبعة الأولى، بغداد ١٩٧١، ص٩ .

كما أن ماذهب إليه البعض من الربط بين وجود الدولة ووجود القانون يعد غير صحيح أيضاً، إذ من الثابت تاريخياً أن القانون ظهر قبل ظهور الدولة بزمن طويل. فقد ارتبط القانون في نشأته وتطوره بوجود ونشأة التجمع البشرى أو الجماعة البشرية حتى قبل =

قد ساير القانون ومايزال تطور الإدراك الإنسانى، ولذلك قيل «إن القانون قاعدة - أو هو مجموع - الحياة الإنسانية بكاملها»[١].

ويلاحظ بصفة عامة أن التقدم الاجتماعى يسبق دائماً التطور القانونى، لأن القانون ثابت بطبعه والفكر الاجتماعى غير ثابت، فلابد أن تمضى مدة لكى يصبح القانون مسايراً للتطور الاجتماعى[٢].

والاتجاه الغالب بين رجال القانون يربط تماماً بين القانون والمجتمع، فالقانون ظاهرة اجتماعية، وهذه الظاهرة الاجتماعية تعد انعكاساً لظواهر أخرى فى المجتمع. فالقانون لايقف عند حد تدوينه فى شكل مدونات، بل استمر فى تطوره ليوائم ويواكب تلك التغيرات أو التطورات التى كانت تطرأ على المجتمعات، فالتغيرات السياسية والاجتماعية والدينية يكون لها انعكاسها على الفكر القانونى، وإذا كانت هذه التغيرات قد ساهمت فى تطور الفكر القانونى فإن دور كل منها لم يكن واحداً بالنسبة لكل المجتمعات، بل تفاوتت من مجتمع لآخر[٣]. ومن هنا يقال أن القانون ينظر

= أن تأخذ شكل الدولة، فكان للأسرة قانونها وللعشيرة قانونها وللقبيلة أيضاً قانونها، فحيث توجد الجماعة يوجد القانون، إذ القانون والجماعة فكرتان متلازمتان حيث لايتصور مجتمع بدون قانون. دكتور/ عادل بسيونى: نشأة النظم القانونية والاجتماعية وتطورها، طبعة ١٩٩٨ / ١٩٩٩ ، ص ١٣ .

(١) دكتور/ عبد السلام الترمانينى: الوسيط فى تاريخ القانون والنظم القانونية، مطبعة جامعة الكويت، طبعة ١٩٨٢ ، ص ٧ .

(٢) دكتور/ محمد عبد المجيد مغربي: الوجيز فى تاريخ القوانين، طبعة ١٩٧٩ ، بيروت، ص ٢١٥ .

(٣) دكتور/ عادل بسيونى: نشأة النظم القانونية والاجتماعية وتطورها، ص ١١٤ .

إليه دائماً باعتباره تعبيراً صادقاً عن ضمير الجماعة، وإذا فقد القانون تفاعله مع المجتمع فإن العدالة بين الناس تغييب من الأفق لتحل محلها الفوضى أو الظلم، ومن هنا كلما حدثت تغيرات على ساحة المجتمع كان من الضرورى أن يتابع القانون هذه التطورات ليلحق بها مثبتاً تفاعله الدائم مع ظروف المجتمع ليبقى التعبير الصادق عن ضمير الجماعة[١]. فالحقيقة التى لامراء فيها أن القاعدة القانونية تعد انعكاساً للعديد من الظروف التى تحيط بمجتمع معين، ومادامت هذه الظروف المحيطة بالمجتمع فى تطور دائم ومستمر، فإن القواعد القانونية الموجودة فى ذات المجتمع لابد لها من التطور الدائم والمستمر أيضاً[٢]. «فالقانون فى أى عصر من العصور وفى أى شعب من الشعوب، لم يكن حادثة من حوادث المصادفة، أو نزعة عرضية من نزعات المشرع، إنما هو وليد ظروف التاريخ وثمرة تطور المجتمع، ونتيجة لعوامل مختلفة من سياسية واقتصادية ودينية وفكرية متصلة الحلقات متدرجة مع سنة التقدم والارتقاء» [٣].

---

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تكوين الشرائع، الناشر دار النهضة العربية، ص ٢٢ .

(٢) «فإذا كانت قوانين الاجتماع البشرى لم تعد هى بذاتها كما كانت فى الماضى، فمرجع ذلك أن شيئاً ما قد تغير فى الإنسان. والواقع أن جزءاً من كياننا يتغير من قرن إلى قرن، ذلك هو إدراكنا، فهو دائماً فى حركة ويكاد يكون دائماً فى تطور وتقدم، وبسببه كانت أنظمتنا وقوانيننا عرضة للتعديل. فإن الإنسان لم يعد يفكر اليوم كما كان يفكر منذ خمسة وعشرين قرناً. ولهذا السبب لم يعد يحكم نفسه كما كان يحكم وقتذاك». فوستيل دي كولانج: المدينة العتيقة، ترجمة عباس بيومى والدواخلى، ص٤ .

(٣) الأستاذ/ على بدوى: أبحاث التاريخ العام للقانون، الجزء الأول، تاريخ الشرائع، الطبعة الثالثة، ١٩٤٧ ، ص ٧ .

ولعل هذا هو ما قصده وأراده الفيلسوف الفرنسى «مونتسكيه» فى مؤلفه «روح القوانين» حينما قال: «إن القانون يجب أن يكون ملائماً لحاجات الشعب الذى صنع من أجله»(١)، منوهاً بهذه العبارة بدور التطور التاريخى الذى صنع الأنظمة القانونية حتي أصبحت ملائمة مع الزمن لحاجات الشعب الذى تطورت هذه النظم من أجله.

والحقيقه- كما يذهب جانب من الفقه - إلي أن تناهى النصوص وعدم تناهى الوقائع يعد أحد الأسباب الرئيسية إلى تطور الشرائع والقوانين(٢). فقد وصلت الأمم والشعوب المختلفة إلى مرحلة تدوين القواعد القانونية فى مجموعات قانونية محددة، وهذه المجموعات القانونية جاءت بطبيعة الحال لتقف عند الحالة التى وصلت إليها قواعد السلوك لدى الأمم والشعوب ولتحمل فى الوقت نفسه مجموعة التصورات والافتراضات القانونية للوقائع التى يمكن أن تستجد على مسرح الحياة القانونية فى حدود إمكانات المشرع الوضعى وقدرته على الإحاطة بحوادث المستقبل القريب أو البعيد. فالنصوص القانونية الواردة فى المدونات محددة ومحصورة ومعلومة سلفاً، بينما الوقائع والحوادث التى يتمخض عنها التطور الاقتصادى والاجتماعى تقع بصفة دائمة ومنتظمة ومطردة، كما أنه يدركها التغيير دائماً ، الأمر الذى لايمكن معه وضع مجموعة من النظريات يمكن أن تنضوى تحت لوائها كل الحوادث والوقائع المستقبلة، ولايمكن من ناحية أخرى أن تكون هناك نصوص قانونية لكل حادثة أو واقعة مستقبلة علي

(1) Montesquieu: Esprit des lois.

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادىء تاريخ القانون، طبعة ١٩٦٧، الناشر دار النهضة العربية، ص٢١٥ .

حـدة، ومن ثم يصبـح تطور القانون أمـراً ضـرورياً لا مفـر منه ولا مـحيـد عنه[1].

وسـوف نحاول من خـلال هذه الدراسة الوقـوف على الأسبـاب أو العوامل التى تدفع إلى تطور القانون فى الفـصل الأول، ثم نقوم فى الفصل الثانـى بمحاولة استـخلاص الوسـائل التى يتم اللجـوء إليهـا لتحقـيق ذلك التطور.

(١) عبر العـلامة «الشهرسـتانى» الفقيـة الإسلامى المعروف، فى مؤلفـه «الملل والنحل» الجزء الأول ص ٣٤، عن هذه المعـانى جـمـيعـاً بقـوله: «....نعلم قطعـاً ويقـيناً أن الحـوادث والوقائع فى العبـادات والتصرفات مما لايقبل الحصـر والعد، ونعلم قطعاً أنه لم يرد فى كل حـادثة نص. ولايتصـور ذلك أيضـاً، والنصوص إذا كـانت متـناهية والوقـائع غيـر مـتناهية، ومـالايتنـهى لا يضبطه مـا يتناهى، علم قطعـاً أن الاجـتهـاد والقيـاس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهادة».

الفصل الأول
عوامل تطور القانون

يخضع تطور القانون فى الواقع - كما تدل الأبحاث التاريخية لعوامل متعددة وليس لعامل واحد، وهذه الأسباب أو العوامل تختلف -دون ريب- باختلاف الزمان والمكان، ومن ثم فإنه من الصعوبة بمكان أن نجرى حصراً شاملاً لجميع الأسباب التى دفعت إلى تطور القواعد القانونية لدى الشعوب المختلفة، خاصة إذا كان الهدف هو إجراء دراسة تتسم بطابع العمومية والتجريد ولاتنصب على قانون شعب معين بالذات[١].

ويرى الفقهاء أن هناك من الأسباب والعوامل ما يكون خاصاً بشعب دون سواه، بينما هناك أسباب وعوامل أخرى نصادفها بالنسبة لكافة المجتمعات، ومن هنا اتجهوا إلى تقسيم أسباب تطور القانون إلى أسباب خاصة وأسباب عامة.

ويقصد بالأسباب الخاصة تلك الأسباب التى تؤثر على بعض القوانين دون البعض الآخر، وهى متعددة ومتنوعة وتختلف من مجتمع لآخر تبعاً لاختلاف ظروفه[٢]. وهذه الأسباب الخاصة لا تكون موضع

---

(١) دكتور/ مصطفى سيد أحمد صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، طبعة ١٩٩٥ ، الناشر مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ص١٨٧ .

(٢) من أمثلة تلك العوامل الخاصة التى أثرت فى تطور القانون لدى بعض الشعوب: العامل الجغرافي: فعوامل التطور يمكن أن ترجع إلى طبيعة البلد الجغرافية ومناخها، فالدول المجاورة للبحار تعيش فى ظل نظم لاتوجد عند الشعوب التى لاتتصل أرضها بالبحار. فحرية الملاحة وتقدم التجارة البحرية يؤثر فى قانون الدول الأولى بعكس =

دراسة وبحث وتمحيص إلا إذا كنا بصدد دراسة تاريخ قانون ذلك الشعب أو المجتمع بالذات دون سواه، ففى مثل هذه الدراسات يتناول البحث أسباب التطور الخاصة بذلك الشعب دون غيره[(١)]. وهذه الدراسة تخرج عن نطاق بحثنا والذى خصصناه للمبادىء العامة التى تحكم تطور القانون بصفة عامة.

= الحال بالنسبة للنوع الثانى من الدول، وهناك نظم قانونية توجد فى البلاد الباردة لانظير لها فى البلاد الحارة أو العكس. وتنظيم بعض العلاقات القانونية يختلف فى البلاد الباردة فى البلاد عنه الحارة... وهكذا، ومن أمثلة ذلك سن الزواج. والأسباب التى تؤدى إلى تطور القانون لدى الأمم الزراعية تختلف بطبيعة الحال عن الأسباب التى تعمل على تطور قوانين الأمم التجارية أو الصناعية .

العامل الإنثربولوجى: إن الجنس الذى ينتمى إليه شعب من الشعوب يكون له أثره فى تطور قانونه. فهناك شعوب تقوى لديها الملكة القانونية وشعوب لاتتوافر فيها تلك الصفة، فالشعب الرومانى مثلاً قد خلق - على حد تعبير إهرنج - ليحمل رسالة القانون إلى العالم، وهذه الصفة تساعد تلك الشعوب على إيجاد الحلول المناسبة لما يعرض لها من مشاكل إقتصادية واجتماعية..... إلخ.

العامل التاريخى: فتاريخ كل أمة من الأمم يتحكم إلى حد ما فى تطور قانونها، فهناك بعض النظم أوجدتها ظروف خاصة بأمة من الأمم، كالنظام البرلمانى فى إنجلترا. فتطور تلك النظم محكوم بالاعتبارات التاريخية التى أوجدتها ويكون من الصعب على تلك الأمة التخلى عن تلك النظم الخاصة بها إلا إذا اضطرتها الظروف إلى ذلك. انظر فى تفصيلات ذلك الموضوع أستاذنا الدكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، طبعة ١٩٩٢، الناشر دار النهضة العربية، ص ١٦٠ .

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى: فلسفة النظم القانونية والاجتماعية، الناشر دار الفكر العربى، ص ١٦١

أما الأسباب العامة فيقصد بها الأسباب التى تساهم بنصيب-يختلف مـداه - فى تطور القـانون لـدى سائر الأمم، مثـل العـوامل الدينيـة والإقتـصـادية والفكرية، فهـذه العوامل قـد تركت بصمـاتها واضـحة على مـعظم الشـرائع[1]. ومن الجـديـر بالملاحظة- فى هذا الـصـدد- أن هذه الأسبـاب والعوامل رغم أنهـا عامـة لدى كافـة المجتـمعات إلا أن تأثيرها لايكون واحداً فى كل المجـتمعـات، فقد يكون للعـامل الدينى تأثير واضح فى تطوير القاعـدة القانونية فـي مجتمع مـعين بينما لايكون له سـوى تأثير ضئيل فى القـواعد القانونية لمجتمع آخر، فكون هذه العوامل عـوامل عامة لدى كافة المجـتمعات لايعنى أنها بالنسبة لكل مجتمع على حدة مـتساوية التـأثيـر، ولايعنى أن تأثيـر كل منهـا واحـد من حـيث فـعـاليته فى كـافـة المجتمعات[2]. ومن نافلة القول أن هذه الأسباب أو العوامل العامة لتطور القـانون، والتى نلاحظها بـالاستـقراء التـاريخى للنظم القـانونية، مـازالت تشكل أسبـاب أو عوامل تطور القانون حـتى الآن، فكما تصدق كأسـباب تطوير القوانين فى الماضى تصدق أيضاً كـعوامل تطوير القوانين فى الحاضر والمستقبل.

وسـوف نقـوم ببـيان الدور الـذى ساهم بـه كل من العـاملين الدينى والإقتصادى فى تطور القانون باعتبارهما أهم عوامل التطور العامة.

---

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص١٨٨ .

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى: فلسفة النظم القانونية والاجتماعية، ص١٦٢ .

المبحث الأول
أثر الدين في تطور القانون

كـان الدين - دون ريب- بمثابة العامل الفكـرى الأساسى فى نشـأة الفكرة القانونيـة وتبلورها وتطورها[١]. لأن القانون قبل أن يوجـد كقاعدة وجـد كظاهرة وقـبل أن يكون ظاهرة وجـد كـفكرة، وهذه الفكرة الأوليـة للقانون استوحاها الإنسـان من الدين بوصفة إطاراً فكرياً حاول الإنسان أن ينسق سلـوكـه فى ضـوئه[٢]. فـالقانون فى الأصل حـدث دينى ، فمـهنة

---

(١) انظر فى تفصيلات أثر الدين فى النظم القانونية: دكتوره/ فاطمة محمد عبد العليم: أثر الدين فى النظم القانونية «دراسة مقارنة بين الإسلام والمسيحية»، رسالة دكتوراه ، الناشر دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ٢٠٠١ .

(٢) «تطورت فكرة الظاهـرة القانـونية مع تـطور فكرة الدين، حـتى أنه قـد وصل فى بعض الأحـيـان أن أصبح الدين- وحـده- هو الظاهـرة القانونـية ذاتهـا، أى حـدث دمج بين الظاهرة القانونية والدين. ولكن مع تطور المجتمعات وحدوث متغيرات كـثيرة ، أصبح دور الدين قـاصراً على رسم الإطار العـام للظاهرة القـانونية. ثم وصل التطور إلى حـد الانفـصـال التـام بين الظاهرة القـانونيـة والديـن، وأصبـح الدين منعـزلاً عن القـانون، وأضـحى الدين يوجد فـقط فى خـزائن النفس الإنسانـية، ولانجـد له أى أثر فى تكوين الظاهرة القانونية.

ولكن الانفصال بين الدين والقانون لم يعد مطلقاً، وخصوصاً على الأقل فى الدول التى تدين بالشريعـة الإسلامية. إذ أن دساتيـر هذه الدول تتضمن نصوصـاً تحتم على المشرع مراعـاة أحكام الشرع الإسـلامى عند وضع التشـريعات، بالإضافـة إلى خروج مـسائل الأحوال الشـخصيـة من دائرة التنظيم القانونى الوضـعى وتركها للشـريعة الإسلامـية».

دكـتور/ فـايز محـمـد حسين: نشـأة القـانون «مدخل فلسـفى وتاريخى لدراسـة فكرة القانون»، طبعة ١٩٩٨ ، الناشر دار النهضة العربية، ص ١٠٩ .

القانون امتزجت منذ التجمعات البشرية الأولى بالعمل الدينى، وبذلك يعد الدين أسبق المناهج إلى تنظيم الحياة الاجتماعية(١). ولم يقف دور الديانة عند هذا الحد، بل تعداه إلى مرحلة أخرى من مراحل صناعة القانون، حيث يكون تطور العقيدة الدينية سبباً لتطوير القاعدة القانونية(٢).

وقد يبدو للبعض أن تأثير الدين على القانون لم يعد له أهمية، إذ لم يعد هناك مجال لظهور ديانات جديدة بعد الإسلام، كما أن الحياة العصرية أدت إلى فصل الحياة الاجتماعية عن العقيدة الدينية فى أغلب الأحيان. ولكن هذا التصور يبدو وبعيداً عن الواقع، فالتيارات الفكرية الدينية مازالت تمارس نشاطها فى أنحاء متفرقة، وهى تيارات تنادى بضرورة السير فى التنظيمات الاجتماعية - ومن بينها القانون- على صدى مبادىء وأحكام الدين(٣).

وسوف نتناول فيما يلى أثر الديانة المسيحية والديانة الإسلامية فى تطوير وتهذيب النظم القانونية، ثم أخيراً نوضح أثر الدين فى القانون المعاصر.

---

(١) دكتور/ محمد محسوب: الوجيز فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، طبعة ٢٠٠١ ، ص ٢٧ .

(٢) «يقصد بتطوير العقيدة الدينية هنا: إما نشأة ديانة جديدة لم تكن موجودة من قبل، وإما ظهور مذهب جديد فى نفس الديانة التى كانت قائمة، وإما مجرد ظهور فكر دينى جديد لتفسير الديانة أو المذهب الموجودين». دكتور/ فتحى المرصفاوى: فلسفة النظم القانونية والاجتماعية، ص ١٦٣ .

(٣)دكتور/ فتحى المرصفاوى: تكوين الشرائع ، ص ٨٨

المطلب الأول

أثر الديانة المسيحية فى تطور القانون فى الغرب

نشأت الديانة المسيحية فى الشرق - مهبط الوحى والديانات- ومنه انتقلت إلى الغرب وانتشرت فيه. وقد انتشرت عند الرومان فى الأوساط الشعبية، وقد حاربها الأباطرة الرومان فى بادىء الأمر محاربة شديدة. ولكن ما أن جاء القرن الرابع الميلادى حتى كانت قد انتشرت بين كل طبقات الشعب الرومانى، ثم اعتنقها الإمبراطور «قسطنطين» وحماها بواسطة منشور ميلانو عام ٣١٢م(١)، وبه أعطى للأفراد حرية اعتناقها مع احترام الديانات الأخرى. وفى نهاية القرن الرابع قرر الإمبراطور «تيودوز» اعتبارها الدين الرسمى للدولة الرومانية، وحرم الديانة الوثنية(٢).

وقد اختلف الباحثون فى مدى تأثر القوانين الغربية بالديانة المسيحية(٣). ومهما يكن من أمر ذلك الخلاف فنحن نرى- مع جانب

---

(١) يقال أن السبب فى ذلك هو ما زعمه «قسطنطين» من أنه بينما كان يصلى لإلهة الشمس ظهر له صليب مكتوب عليه «بهذه العلامة تنتصر».

(٢) انظر فى تفصيلات تطور المركز القانونى للمسيحيين فى الإمبراطورية الرومانية، دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص ١٩١ -١٩٧ .

(٣)«هناك فاروق جوهرى بين الدين المسيحى والدين الإسلامى. فالإسلام لم يكن ديناً فحسب، بل كان ديناً ودولة، فقد حوى - إلى جانب المبادئ الدينية والأحـ مبادئ قانونية تنظم سائر العلاقات التى تنشأ فى المجتمع سواء كانت متصلة بالأسرة أم بالمعاملات المالية أم بالعقوبات. أما الدين المسيحى فلم يتعرض للمبادئ القانونية واقتصر على نشر المبادئ الروحية والخلقية ، ولعل السبب فى ذلك راجع إلى البيئة =

كبير من الفقهاء - أن الديانة المسيحية كان لها أثراً ملموساً فى تطوير القوانين الغربية القديمة، وبصفة خاصة فى القانون الرومانى والقانون الإنجليزى فالمبادىء الخلقية التى نادت بها تلك الديانة وأوجه السلوك التى أوجدتها، أثرت - بدون شك- على الفكر القانونى وبالتالى على القواعد القانونية(١).

الفرع الأول

أثر الديانة المسيحية فى تطور القانون الرومانى

اختلف الفقهاء فى مقدار الأثر الذى تركته الديانة المسيحية فى القانون الرومانى، فمنهم من يرى أنها تركت أثراً واضحاً فى القانون الرومانى واعتبرها عاملاً رئيسياً من عوامل تطوره فى عهد الإمبراطورية

= التى نشأ فيها الدين المسيحى والظروف التى أحاطت بالمجتمعات التى انتشر فيها، فهو قد نشأ فى الشرق فى وسط يهودى تسوده الشريعة الموسوية وهى شريعة منظمة لأمور الدين والدنيا، وحينما انتقل إلى الدولة الرومانية كانت هذه الدولة فى أوج مجدها وعصرها الذهبى وكان القانون فيها قد بدأ يصل إلى قمة المجد، لذلك لم تكن تلك المجتمعات التى نشأ فيها الدين المسيحى أو انتقل إليها فى حاجة إلى تنظيم، ولكنها كانت فى حاجة ماسة إلى هداية روحية وخلقية، فاقتصر الدين المسيحي على معالجة الناحية الخلقية والروحية . وبذلك اقتصرت الديانة المسيحية على نشر الفضيلة والمحبة بين الناس، ولم تتعرض للأمور الخاصة بتنظيم المجتمع من الوجهة القانونية، ولم تضع جزاءً دنيوياً للمبادئ التى نادت بها، وفى ذلك يقول السيد المسيح: (ردوا ما لقيصر لقيصر وما لله لله). دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٢٤٨ . ومن هذا الرأى دكتور/ سليمان مرقص: المدخل للعلوم القانونية ، ص٢٣٨ .

(١) أنظر فى تفصيلات ذلك الخلاف الفقهى: دكتور/ فتحى المرصفاوى : تكوين الشرائع ، ص ١١٨ وما بعدها.

السفلى ونسب إليها كثيراً من التعديلات التى أدخلت فى ذلك العهد. وذهب البعض الآخر إلى حد إنكار أثرها فى تطور القانون الرومانى[1]. بينما توسط فريق ثالث من الباحثين واعترف للديانة المسيحية ببعض الأثر فى القانون الرومانى، ونظر إليها باعتبارها وارثة للمبادىء التى نادت بها الفلسفة اليونانيةفى العصر العلمى الرومانى، فهى-طبقاً لرأى هذا الفريق- قد أكملت البناء الذى أسسه وأرسى قواعده فلاسفة المدرسة الرواقية عند الإغريق، فقد قامت فلسفة هذه المدرسة على أسس خلقية، والديانة المسيحية ديانة أخلاق ومحبة، فلا غرو أن سارت فى نفس الاتجاه الذى بدأه الرواقيون[٢].

ويتجه الرأى الراجح اليوم إلى القول بأنه وإن كانت المسيحية لم تؤثر فى القانون الرومانى بصورة كاملة وشاملة، إلا أنها مع ذلك كانت ذات أثر عميق وتركت بصماتها واضحة على هذا القانون خاصة فى عهد الإمبراطورية السفلى. فكل التطورات التى طرأت على القانون الرومانى فى هذا العهد لايمكن النظر إليها على أنها مجرد امتداد للأفكار الرواقية، كما أنه لايمكن الزعم بأنها قد جاءت نتيجة التطور الطبيعى والمنطقى للقانون القديم، بل يمكن القول بأنها قد جاءت نتيجة تغلب الروح الدينية

---

(1) R. Monier, G.Cardascia et J.Imbert: Histoire des institions et des faits sociaux, Paris 1956, p.282 .

- Timbal (P.C.) et Castaldo (A.): Histoire des institutions et des faits sociaux, 1979, p.58 .
- El): Histoire des institutions, 1961, T.1-2, p. 527.

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص ١٨٢ .

- Huveline:Cours élémentaire de droit romain, Paris 1927, t.1, p. 106.

على نفوس القياصرة الرومان[١].

ويظهر أثر المسيحية فى القانون الرومانى من نواح ثلاث: خلق عقلية جماعية جديدة، مما أدى إلى تغيير الأعراف والتقاليد القديمة. التأثير المباشر فى التشريعات الإمبراطورية ، حيث أدخلت قواعد ونظم قانونية جديدة تماماً، مثل محاربة الطلاق واستحداث موانع قانونية للزواج تقوم على أسس عقائدية، والجرائم الدينية. وأخيراً وبصفة خاصة، تطوير بعض الأفكار الوضعية القائمة بما يتلائم مع الأسس الخلقية والفلسفية التى جاء بها الدين المسيحى، ففكرة العدالة وفكرة الخير وفكرة الغش كلها أفكار كانت موجودة من قبل، ولكنها أصبحت - تحت تأثير المسيحية - تقوم على أسس جديدة بحيث تغير مضمونها واتسع نطاقها ومداها[٢].

ونعرض فيما يلى لأثر الديانة المسيحية فى تطوير بعض نظم القانون الرومانى.

أولاً: أثر الديانة المسيحية فى ظهور القانون والقضاء الكنسى:

١ - ظهور القانون الكنسى:

حارب الأباطرة الرومان الدين المسيحى فى بدء ظهوره، وتعرض المؤمنون بها لأقصى أنواع التعذيب. وخلال تلك الأيام العصيبة عاش المسيحيون فى مجموعات صغيرة العدد يعرف أفرادها بعضهم البعض،

(1) J.Ellul: Histoire des institutions, t. 1-2, 1961, p.527 .

• P.C. Timbal et A.Castaldo: Histoire des institutions et des faits sociaux, 1979, p.58 .

(٢) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص ٢٠٣ .

بعيدين كل البعد عن عيون السلطة الرومانية[١]. وإزاء ذلك الاضطهاد من جانب الدولة الرومانية للدين المسيحى لجأت الكنيسة إلى تنظيم نفسها بحيث تصبح هى وأتباعها فى غنى عن الدولة، فأوجدت نظاماً رئاسياً متدرجاً لإدارة شئون الكنيسة، فقسمت الدولة إلى عدة مناطق وضعت على رأس كل منها تابعاً يرعى شئونها ويوزع المسئوليات على المعلمين المنتشرين داخل تلك المنطقة. وقد اقتبست الكنيسة هذا النظام من التنظيم الإدارى للدولة الرومانية، وبذلك نشأت سلطة الكنيسة[٢].

ولما كان القانون الواجب التطبيق فى أنحاء الإمبراطورية الرومانية هو القانون الرومانى، وهو قانون وثنى، فقد قررت الكنيسة أن يخضع المؤمنين داخل تجمعاتهم المختلفة- تحت إمرة رجال الدين المسئولين عنهم - لقواعد أخرى تتمشى مع مبادىء عقيدتهم الجديدة. وهكذا لم يعد رجل الدين يطبق داخل مجموعته الصغيرة قواعد القانون الرومانى الوثنى، بل قواعد تختلف عنها وتتمشى مع الفكر المسيحى، وحرم على رجل الدين المسيحى أن يقضى بين المسيحيين طبقاً لقانون آخر غير القانون الجديد الذى وضعته

(١) دكتور/ إسحق عبيد: الإمبراطورية الرومانية بين الدين والبربرية ، الطبعة الأولى ١٩٧٢، الناشر دار المعارف بالقاهرة، ص ٢٨ .

دكتور/ السيد الباز العرينى: الدولة البيزنطية، بيروت ١٩٨٢، ص ٨ .

إدوارد چيبون: اضمحلال الإمبراطورية الرومانية وسقوطها، ترجمة: محمد على أبو درة ، الطبعة الثانية ١٩٩٧، الناشر الهيئة المصرية العامة للكتاب ، سلسلـ[illegible] كتاب الثانى (٢٥٨)، الجزء الأول، ص ٣١٥ .

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب : مبادىء تاريخ القانون، ص ٢٥٠ .

الكنيسة ليتمشى مع المجتمع الجديد، وهو ما أطلق عليه القانون الكنسى(١). وقد كان أول المجالات التى حكمتها قواعد القانون الكنسى هو مجال الأسرة، إذ أن نظام الأسرة- باعتباره تنظيماً للعلاقة بين الجنسين - يعتبر قريب الصلة بتعاليم الدين، ثم تدرج الأمر ليصل التدخل إلى مسائل المعاملات بل وحتى إلى مسائل القانون الجنائى(٢).

وقد استمدت قواعد هذا القانون من مبادىء العدالة، وهى مبادىء عامة مجردة، ومن الأفكار الفلسفيةالتى نودى بها اعتماداً على فكرة القانون الطبيعى، ومبادىء أخرى مستمدة من الأعراف والقوانين الوضعية بعد تعديلها بما يتلائم مع الأسس الخلقية والفلسفية والدينية التى قامت عليها المسيحية، بالإضافة إلى بعض النصوص التشريعية التى كانت تصدرها المجالس الكنسية(٣).

---

(١) انظر فى تطور فكرة القانون لدى الفقه الكنسى: دكتور/ السيد العربى حسن: أصول القانون الكنسى «دراسة فى قوانين الكنيسة الأوربية - العصور الوسطى»، طبعة ١٩٩٩، الناشر دار النهضة العربية، ص ٢٥ وما بعدها .

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوي : تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية «تكوين الشرائع وتطورها»، الناشر دار النهضة العربية، ص ٢٣٥ .

(3) J.Gilissen: Introduction historique au droit, Bruxelles 1979, p.127 et s.

دكتور/ السيد العربى حسن: أصول القانون الكنسى، ص ٩٩ وما بعدها.

وقد لجأت الكنيسة دائماً إلى محاولة توحيد القانون الكنسى الذى تطبقه عن طريق عقد المجامع الكنسية، وقد انتهت إلى نشر موسوعة للقانون الكنسى تلزم كافة الكنائس الكاثوليكية وكان ذلك عام ١٩١٩، ثم تعدل هذا القانون أخيراً بمجموعة جديدة صادرة عام ١٩٨٢ .

وحينما أصبح الدين المسيحى ديناً رسمياً للدولة الرومانية، اعترف الأباطرة بسلطان الكنيسة والقانون الكنسى[١].

٢- ظهور القضاء الكنسى:

عملت الكنيسة من البداية على تنظيم نفسها، ووجد المسيحيون فى تعاليم السيد المسيح بعض المبادىء التى يمكن اتباعها فى حالة وجود نزاع بينهم[٢]. وقد لعبت هذه التعاليم دوراً هاماً فى حسم المنازعات التى كانت تثور بين المسيحيين، خاصة فى القرون الأولى للمسيحية، حيث كان يجب عليهم الخضوع للسلطه القضائية لرؤسائهم الدينيين(الكهنة والأساقفة) حتى يتجنبوا تدخل القضاة الرومان غير المسيحيين فى شئونهم الخاصة[٣].

وعندما اعتنق الامبراطور «قسطنطين» المسيحية وقرر السماح بها كعقيدة معترف بها فى البلاد، قرر فى نفس الوقت الاعتراف باختصاص قضائى لمحاكم الكنيسة فى الأمور التى تتعلق بالديانة، ولم يعد للمحاكم العادية اختصاص بنظر هذه المسائل ابتداء من ذلك الحين. وأضاف إلى اختصاصها الفصل فى المنازعات المدنية التى ترفع اليها برضاء المتخاصمين.

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص ١٨٣ .

(٢) من ذلك أنه فى حالة وجود نزاع بين طرفين من المسيحيين، فإنه يجب محاولة الصلح بينهما، فإن فشلت هذه المحاولات وجب عليهما تحكيم الجماعة المسيحية، فإذا رفض الخصم الخضوع لقرار التحكيم وقعت عليه عقوبة الحرمان، أى الطرد من دائرة الجماعة المسيحية.

(٣) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص ١٩٨ .

ولما كانت المحاكم الكنسية لاتطبق إلا أحكام القانون الكنسى، فقد أصبح ذلك القانون أحد القوانين المعترف بها فى الإمبراطورية الرومانية، ومن ثم يمكن القول بأن أحكام الدين المسيحى كانت مصدراً مباشراً للقانون المطبق فى الدولة الرومانية(١).

وقد تضافرت عدة عوامل أدت إلى تزايد إقبال الناس على اللجوء إلى المحاكم الكنسية، فمن جهة كانت المحاكم الكنسية تطبق قواعد قانونية تتمشى مع ضمائر المؤمنين بالمسيحية، بينما المحاكم المدنية العادية كانت تطبق القانون الرومانى الذى نشأ فى ظل الفكر الوثنى. ومن ناحية أخرى، استشعر المتقاضون الظلم الذى يتعرضون له باللجوء إلى المحاكم المدنية، إذ شاع فى ذلك الوقت عدم تمكن القضاة المدنيين من أحكام القانون، بالإضافة إلى عدم الاطمئنان إلى ضمائرهم، كما لوحظ أن المحاكم المدنية كانت تحصل على رسوم قضائية باهظة يئن منها المتقاضون، ففروا منها إلى محاكم الكنيسة. ومن هنا بدأت المنافسة بين القانونين الرومانى والكنسى(٢).

وفى العصور الوسطى تدهور القضاء المدنى نتيجة ضعف السلطة الملكية، وسيطرة نظام الإقطاع عليها، بينما كانت الكنيسة فى أوج مجدها، فامتد القضاء الكنسى ليشمل المسيحيين وغير المسيحيين(٣)، وأصبح

---

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية «تكوين الشرائع وتطورها»، ص ٢٣٦ .

(٢) دكتور/ صوفي أبو طالب : مبادىء تاريخ القانون، ص٢٥١ .

(3) J.Gilissen: Introduction historique au droit, Bruxelles 1979 , p.134

القـانون الكنسى واجب الـتطبيق على الجـميع، وهكذا فـتح البـاب على مصراعيه أمام القضاء الكنسى طـوال العصور الوسطى[١]، وظل الحـال كذلك حتى صدرت القوانين الغربية الحديثـة وبها أثر من مبادىء المسيحية ومبادىء القانون الكنسى[٢].

ثانياً: أثر الديانة المسيحية فى القانون الجنائى:

كـان للديانة المسـيحـيـة أكـبـر الأثر فى نظام الجـرائم والعـقـوبات الرومانى، وذلك حتى يتمشى هذا النظام مع مبادىء المسيحية.

١- جريمة الزنا:

كان القانون الرومـاني القديم لايجعل العقـاب على تلك الجريمة من حق الدولة، بل تركه لرب الأسرة، سواء بالنسبـة لزنا الشخص غير المتزوج أم بالنسـبة لـزنا الشخص المتـزوج، فكان لرب الأسـرة أن ينتـقم من الزانى كيفما يشاء. وفى عهـد الإمبراطور «أغسطس» تم تنظيم هذه الجريمة بقانون «چوليـا» الخاص بالزنـا، حيث اعـتبـرت من الجـرائم العـامة التى يخـتص

---

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص ٢٠٠.

(٢) من بين المبادىء التى جاء بها القانون الكنسى وانتقلت إلى الشرائع الحديثة: مبدأ سلطان الإرادة، فـالعقـد ينتج آثاره ولو لم يكن قـد أفـرغ فى قالب من القـوالب الشكليـة التى حـددها القانون الرومـانى. والمبدأ الذى يـقضى بضـرورة التعـادل بين الالتزامـات التى ينشؤها العـقد على عاتق كل من الطرفين، ولذلك حرم الربا والغبن. والمبـدأ الذى يبيح تعديل العقـد إذا تغيرت الظروف التى تم فيـها العقد، على أساس وجـود شرط ضمنى يقـضى بضرورة تعـديل أحكامه إذا تغـيرت الظروف التى أنشـىء فيهـا. انظر دكـتور/ أحـمد حـشمت أبو سـتيت: نظـرية الالتزام فى القـانون المدنى الجـديد، الطبعـة الثانيـة ١٩٥٤، الجزء الأول، ص ٤١ و ٣١٧.

القضـاء العام بنظرها، وأصـبحت عقـوبتهـا الإبعاد ومصـادرة الأموال(١)، ويضاف إلى تلـك العقوبة عـقوبة الجلد إذا كـان أحد المذنبين من الطبـقات الدنيا في المجتمع(٢).

وبوصـول الإمبراطـور المسيحـى «قسطنطين» إلى الحكم يتم تشـديد العقـوبة لتكون الإعدام فقط، واسـتمر الحال كـذلك حتي عهد الإمـبراطور «جستنيان» الذى قام بتـخفيف العقوبة إلي السجن المؤبد. فتـشديد العقاب إبتداء من أيام «قسـطنطين» كان نتيجة للـتأثر بمبادىء الديانة المسيـحية التى تطالب بالعفة فى العلاقات بين الجنسين(٣).

---

(١) كانت المصادرة تختلف باختـلاف الأحوال، فهى تقع على نصف الأموال إذا كان الزانى غيـر متـزوج ، رجلاً كـان أو إمرأة. وتـقع على ثلث الأموال ونصف أمـوال الدوطة إذا كانت الزانية متزوجة، ويحرم الزوج الزانى مـن حقوقه فى الدوطة ومن الهبات الصادرة إليه بسبب الزواج. (نظم چستنيان: ٤ ، ١٨ ، ٤) .

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص ١٨٥ .

(٣) وبانتشـار المسيحية فى غـرب أوروبا نجد القوانين الجنائيـة فى فرنسا وإيـطاليا وأسبـانيا تعاقب على الزنا بـالإعدام مرة أخرى، وقـد كان قانون العـقوبات الفرنسى فى العـصر الملكى يتطلب تنفيـذ تلك العقـوبة حرقـاً عـلانية أمـام الجمـهور، ويبـدو أن أصل هذه الوسيلة فى تنفيـذ الأحكام يرجع للقانون الكنسى، وكـان المحكوم عليه يرتدى قمـيصاً سبق مـسه فى الكبريت ويربط إلى عمـود وسط لهيب مشتـعل، وبعد تفحم الجثـة تماماً يجـمع الرماد ويلقى به فى الهـواء لتـذروه الرياح. دكتـور/ فتـحى المرصفـاوى: تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية «تكوين الشرائع وتطورها»، ص ٢٤٢ .

• Momsen: Le droit pénal romain, trad. franc., Paris 1907, t. II, p.414 - 426 .

• Monier: Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1945, p.288 - 290

٢- معاشرة الرقيق:

نظرت المجتمعات القديمة، وحتى نهاية العصور الوسطى، إلي الرقيق باعتباره من الأشياء، وعلي هذا الأساس كانت أى علاقة معاشرة تقع بين السيد والرقيق المملوك له لاتعد محرمة وذلك على أساس أن الرقيق ملك للسيد وله عليه كافة السلطات ومن بينها المعاشرة الجنسية، وقد كانت هذه القاعدة تسرى على المرأة الحرة وأحد الرقيق الذين تملكهم. ولكن بظهور المسيحية لم يعد هذا الوضع مقبولاً، ولذلك تدخل الإمبراطور الرومانى المسيحى «قسطنطين» ليحرم العلاقة بين المرأة الحرة والرقيق المملوك لها، وكان العقاب على تلك الجريمة الإعدام للطرفين[١].

٣- زواج المحارم:

لايعترف القانون الرومانى - مثل معظم الشرائع - بالزواج الذى يتم بين المحارم، كالزواج بين الأصول والفروع، وينظر إلى تلك العلاقة على أنها زناً معاقب عليه[٢]. وقد كانت هذه الجريمة عقوبتها فى العصر العلمى هى الإعدام[٣].

---

(١) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، الجزء الأول، طبعة ١٩٩٨ ، ص ١٦١ .

• Momsen : Le droit pénal romain, trad-franc., Paris1907, t.II, p.411.

(٢) «الزواج محال شرعاً بين الأصول والفروع... بحيث لو حصل زواج بين مثل هؤلاء الأشخاص لكان زناً إجرامياً» (نظم جستنيان: ١:١٠،١) . وقد كانت العقوبة فى القانون الرومانى القديم الإعدام.

(٣)دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادىء تاريخ القانون، ص ٢٥٢ . =

وفى عصر الإمبراطور السفلى، وتحت تأثير الديانة المسيحية، أصبحت عقوبة هذه الجريمة هى الإعدام، حيث تكشف هذه الجريمة عن نفسية إجرامية خطيرة انغمست فى حب الحسيات وشهوة الجسد(١).

٤- الدفاع الشرعى:

كانت فكرة الدفاع الشرعى فى القانون الرومانى القديم متمشية مع ظروف المجتمع الرومانى حينئذ، فتحت تأثير عصر القضاء الخاص والانتقام الفردى اعترف قانون الألواح الإثنى عشر- وهو أول تدوين للقانون الرومانى- بإمكانية اللجوء إلى القتل دفاعاً عن النفس والمال دون وضع ضوابط محددة لذلك الدفاع(٢).

وقد تعارض هذا الإطلاق فى تقرير حق الدفاع الشرعى مع الفكر الدينى المسيحى، الذى ينادى بالتسامح أو على الأقل بضرورة وجود قدر

= • Momsen: Le droit pénal romain, trad. franc.,Paris 1907, t.II, p.400 - 414 .

(١) ظلت عقوبة هذه الجريمة الإعدام فى ظل القانون الفرنسى فى العصور الوسطى وحتى قيام الثورة الفرنسية، مع وجوب تنفيذ تلك العقوبة عن طريق الحرق علناً. دكتور / فتحى المرصفاوى: تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية «تكوين الشرائع وتطورها»، ص٢٤٣ .

• Edouard Cuq: Manuel des institutions juridiques des romain, Paris 1928, p.193 et s.

• Sherman : Roman la win the modern warld, vol. 1, 1917, p.131 et s.

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى: فلسفة النظم القانونية والاجتماعية، ص ٢١٣

من التناسب والتعادل بين الاعتداء والوسيلة المستخدمة لرد هذا الاعتداء. ولذلك عدل القانون الرومانى عن موقفه مقرراً عدم جواز القتل للدفاع عن المال، واشترط بالنسبة للقتل دفاعاً عن النفس ألا تكون للشخص وسيلة أخرى للنجاة من الخطر المحدق به سوى قتل المعتدى(١).

ثالثاً: أثر الديانة المسيحية فى القانون الخاص:

إذا كانت الديانة المسيحية قد أثرت بشكل ملموس فى نطاق القانون الجنائى، كما سبق البيان، فإن تأثيرها فى مجال القانون الخاص نجده أشد عمقاً وأبعد أثراً.

١- نظام الأسرة:

كان للمسيحية أثر كبير فى نظام الأسرة عند الرومان، لأن هذا النظام يتصل - بطبيعته - بالدين(٢).

استحدث القانون الرومانى موانع قانونية جديدة للزواج تحت تأثير الديانة المسيحية، منها ما يقوم على أسس عقائدية، مثل تحريم الزواج بين المسيحيين واليهود، ومنها ما يقوم على فكرة القرابة الروحية، كتحريم الزواج بين الفتاة والرجل الذى تولى تعميدها باعتباره قد أصبح أباً روحياً

---

(١) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص ١٦١ .

(٢) انظر فى تفصيلات ذلك الموضوع: دكتوره/ فاطمة محمد عبد العليم: أثر الدين فى النظم القانونية «دراسة مقارنة بين الإسلام والمسيحية»، رسالة دكتوراه، ص ٢٢٦-٢٥٤ .

وانظر فى أثر القانون الكنسى على كيان الأسرة، دكتور/ السيد العربى حسن: أصول القانون الكنسى، ص ٢١٩ - ٣١١ .

لها(١). ومن ناحية ثانية، كان القانون الرومانى يشجع على الزواج وتكوين أسرة، ولذلك أصدر الإمبراطور «أغسطس» قوانين تحارب العزوبية والإعراض عن الزواج(٢). وتحت تأثير المسيحية التى تدعو إلى الرهبنة باعتبارها إحدى الفضائل ووسيلة من وسائل السعادة الدينية ، قرر الإمبراطور «قسطنطين» إلغاء هذه القوانين(٣).

كذلك أجاز القانون الرومانى القديم لكل من الزوجين أن يستعمل حقه فى الطلاق متى شاء ودون حاجة إلى اللجوء للقضاء، حيث لم تكن هناك قيود على استعمال حق الطلاق، وقد انتشر الطلاق فى أواخر عهد الجمهورية وأوائل الإمبراطورية انتشاراً هائلاً بسبب فساد الأخلاق وسوء العادات. وتحت تأثير المسيحية التى تعتبر الزواج رابطة أبدية عمل الأباطرة ابتداء من عهد «قسطنطين» على تقييد استعمال حق الطلاق وذلك بتحديد الأسباب المبررة له ووضع القيود عليه. بيد أن هذه العقود وإن كانت قد حدت كثيراً من استعمال حق الطلاق، إلا أنها لم تؤد إلى إلغائه(٤).

---

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٠٤ .

(٢) كانت هذه القوانين تقضى بحرمان الرجل الأعزب (إذا كان سنه بين الخامسة والعشرين والستين) والمرأة التى لم تتزوج (إذا كان سنها بين العشرين والخمسين) من نصيبها فى الوصية الصادرة إلى أحدهما من غير الأقربين إلى الدرجة السادسة، إلا إذا أثبت وجود عذر يمنعه من الزواج. وقد سميت هذه القوانين باسم «القوانين المسقطة». دكتور / صوفى أبو طالب: مبادىء تاريخ القانون، ص ٢٥٥ .

(٣) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تكوين الشرائع، ص ١٣١ .

(٤) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص ٢٠٦ .

• Giffard: Précis de droit romain, tome premier, Paris 1934, p.249 et s. =

وفى مجال السلطة الأبوية كان للمسيحية أثراً كبيراً فى التخفيض من سلطة رب الأسرة وقسوتها، فلم تعد سلطته مطلقة تمتد إلى أرواح وأموال الأشخاص الخاضعين لسلطته، وإنما أصبحت واجباً على الأب لحماية أولاده. ولذلك حرم على رب الأسرة أن ينبذ مولوده أو بيع أولاده أو تسليمهم للمجنى عليه، كما أوجب القانون على الأب مساعدة إبنه المحتاج وأعطى للإبن الحق فى مطالبة الأب بالنفقة، كما اعترف للإبن بالحق فى تملك بعض الأموال وبأهلية التعاقد عن نفسه إيجاباً وسلباً(١).

كما استحدث القانون الرومانى تحت تأثير الديانة المسيحية نظام منح البنوة الشرعية أو تصحيح النسب للولد الطبيعى الناتج من المعاشرة غير الشرعية، ويتم تصحيح النسب بالزواج اللاحق أو بقرار من الإمبراطور أو بنذر الولد للمجالس البلدية(٢). كما اعترف القانون الرومانى- تحت تأثير

= • Monier: Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1947, t.1, p.302 et s .

(١) دكتور/ طه عوض غازى : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص ١٥٦ .

• Monier: Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1947, t.1, p.258 et s.

• Gaudemet : Cours de droit romain aprofondi, Paris 1956, p.19 et s.

• Sherman: Roman law in the modesn world, vol.1,1917,p.133 ets.

(2) Girard: Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1929 , p.198.

المسيحية أيضاً - للمرأة بأهلية التبنى إذا لم يكن لها أولاد[(١)].

٢- نظام الرق:

كان النظام الإقتصادى قائماً - وقت ظهور المسيحية - على أكتاف الرقيق، ولذلك لم يكن للمسيحية إلا أثراً ضعيفاً فى مجال الرق. وإذا كانت المسيحية لم تتوصل إلى إلغاء الرق كلية، إلا أنه يمكن القول بأن حالة الأرقاء قد تحسنت كثيراً فى العهد الإمبراطورى بفضل انتشار المسيحية. فقد توسع القانون فى الاعتراف بشخصيتهم وحض على معاملة الرقيق بالحسنى[(٢)]، وقلت أسباب الاسترقاق، وزادت وسائل العتق وأسبابه. وقد استحدث القانون البيزنطى طريقة جديدة للعتق، وهى طريقة «العتق فى الكنيسة»، وتتم عن طريق إعلان رسمى بالعتق يقوم به السيد فى الكنيسة بحضور رجل الدين[(٣)].

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص١٨٦ .

• Sherman:Roman law in the modern world, vol.1, 1917, p.132et s.

(٢) ظهر أثر ضرورة معاملة الرقيق بالحسنى فى عدة مسائل منها: اعترف القانون ببعض الآثار لصلة القرابة بين الأرقاء، فاعتبرت سبباً من أسباب الإرث بعد العتق (نظم جستنيان، ٣ ، ١٠٦) ، منح «جستنيان» صفة المواطن للرقيق المريض الذى يطرده سيده من منزله، وقرر «قسطنطين» أن السيد الذى يتخلى عن رقيقه الرضيع يفقد حقه عليه (مجموعة الدساتير: ٨ ، ٦ ، ١ ، ٣).

• Monier: Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1947, t.1, p.213 .

(٣) دكتور / مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص ٢٠٩ .

دكتوره/ فاطمة محمد عبد العليم: أثر الدين فى النظم القانونية «دراسة مقارنة بين الإسلام والمسيحية»، رسالة دكتوراه، ص ٢٢٢ - ٢٢٥ . =

٣- نظام الالتزامات :

ظهر أثر المسيحية فى مجـال الالتزامات والعقود واضحاً فى النواحى الآتية :

مبدأ سلطان الإرادة : كان القانون الرومانى فى عهوده الأولى يخضع العقود والمعـلامات لإجراءات معقدة وشكليـة صارمة[(١)]، بحـيـث لاينتج العقـد آثاره مالم يكن قد أفـرغ فى قالب من القوالب الشكليـة التى حددها القـانون، أما مـجرد الـتراضى أى توافق الإرادتين فلم يـكن كافـياً لإنشـاء الالتـزام، فـالالتـزام ينشـأ عن الأوضـاع الشكـليـة ذاتهـا وليس من اتفـاق

= • P.T. Timbal et A.Castaldo : Histoire des institutions et des faits sociaux, 1979, p. 58 .

• Gaudemet: Cours de droit romain approfondi, Paris 1956, p. 19 et s.

• Jean - François Lemarignier:Histoire des institutions publiques et des fauts sociaux, Facicule III, Paris 1970, p. 56.

• Giffard: Précis de droit romain, tome premier, Paris 1934, p. 188-191.

• Monier: Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1945, p. 103 et 223 .

• Huveline : Cours élémentaire de droit romain, Paris 1927, p. 109-110.

• Shc [illegible]: Romain law in the modern world , vol. 1, 1917, p. 127 et s.

(١) يمكن تعريف الشكلية باعتـبارها حجر عثرة أمام مبدأ الرضـائية بأنها: "كل واقعة =

الطرفين، وهو ينشأ بمجرد القيام بتلك الإجراءات بغض النظر عما قد يشوب إرادة أحد المتعاقدين من عيوب وبغض النظر كذلك عن عدم وجود تعادل بين التزامات المتعاقدين[١]. وتحت تأثير الديانة المسيحية فقد غلب القانون الكنسى مبدأ سلطان الإرادة على مبدأ الشكلية، وقد أدى ذلك بطبيعة الحال إلى إحترام الإرادة والاعتداد بما يشوبها من عيوب لدى التعاقد والاعتراف لها بالقدرة على إبرام العقد وتعديل شروطه حتى ولو

= سابقة على إبرام التصرف، ولايوجد لها سبب سواء من الناحية العقلانية ولا من الناحية الاجتماعية، ويكون من آثارها تعليق إبرام الالتزام أو انقضائه على إتمامها"

• Duhaut (H.) : De la form, de sas caracteres et de ses regles en drait romain, Thèse, Nancy 1882, p.17.

(١) انظر فى تفصيلات ذلك الموضوع : رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه "مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى" المقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة عام ١٩٩٦ ، ص١١١-١٦٥ .

• Girard : Manual de droit romain, 8 éd, 1929, p.705.

• Monier : Les obligation dans le droit romain, 1948, p.190.

• Ihering : Esprit du droit romain, Paris 1918, t.III, p.192.

• Gaston May : Eléments de droit romain, 9 éd, Paris 1907, p.757.

• Petit (Eugene) : Traité élémentaire de droit romain, 6 éd, Paris 1909, p.646 et s.

• Brissaud : Manual d'histoire du droit privé, Paris 1908, p.506. =

لم تكن قد أفرغت فى قالب من القوالب الشكلية التى حددها القانون الرومانى(١).

فكرة الثمن العادل : كان البيع فى القانون الرومانى يعد صحيحاً حتى ولو انطوى على غبن فاحش بالنسبة لأحد الطرفين، أى عدم التعادل بين الثمن وقيمة الشئ المبيع، فطالما لايوجد غش أو نقص فى الأهلية فإن العقد يعتبر صحيحاً مهما كان مقدار عدم التعادل أو الغبن. وتحت تأثير المسيحية التى تنادى بالعدالة فى المعاملات وبضرورة التعادل بين الالتزامات التى ينشؤها العقد على كل من الطرفين، أجاز الإمبراطور "چستنيان" للبائع الرجوع فى البيع بسبب الغبن إذا كان الثمن أقل من نصف قيمة الشئ المبيع، وإذا أراد المشترى إبقاء العقد كان عليه أن يكمل الثمن إلى نصف القيمة(٢).

= • Piedelivre : Les transformations de formalisme dans les obligations civiles, Paris 1959, Thèse, p.25.

(١) دكتور / مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص ٢١٠ .

• J.Gilissen : Introduction historiaue au droit, Bruxelles 1979, p.644.

(٢) دكتور / طه عوض غازى : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية "نشأة القانون وتطوره" ، ص ١٥٨ .

• A.E. Giffard et R. Villers : Droit romain et ancin droit français, 4e édit, 1976, p.53.

لم تكن قد أفرغت فى قالب من القوالب الشكلية التى حددها القانون الرومانى(١).

فكرة الثمن العادل : كان البيع فى القانون الرومانى يعد صحيحاً حتى ولو انطوى على غبن فاحش بالنسبة لأحد الطرفين، أى عدم التعادل بين الثمن وقيمة الشئ المبيع، فطالما لايوجد غش أو نقص فى الأهلية فإن العقد يعتبر صحيحاً مهما كان مقدار عدم التعادل أو الغبن. وتحت تأثير المسيحية التى تنادى بالعدالة فى المعاملات وبضرورة التعادل بين الالتزامات التى ينشؤها العقد على كل من الطرفين، أجاز الإمبراطور "جستنيان" للبائع الرجوع فى البيع بسبب الغبن إذا كان الثمن أقل من نصف قيمة الشئ المبيع، وإذا أراد المشترى إبقاء العقد كان عليه أن يكمل الثمن إلى نصف القيمة(٢).

= • Piedelivre : Les transformations de formalisme dans les obligations civiles, Paris 1959, Thèse, p.25.

(١) دكتور / مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص ٢١٠ .

• J.Gilissen : Introduction historiaue au droit, Bruxelles 1979, p.644.

(٢) دكتور / طه عوض غازى : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية "نشأة القانون وتطوره" ، ص ١٥٨ .

• A.E. Giffard et R. Villers : Droit romain et ancin droit français, 4e édit, 1976, p.53.

نظام الفوائد : كان القانون الرومانى يعترف بالقرض بفائدة، وكان سعر الفائدة فى ظل قانون الألواح الإثنى عشر يصل أحياناً إلى ١٠٠٪ من أصل الدين. وقد عمل الأباطرة الرومان - تحت تأثير المسيحية - على الحد من استغلال الدائنين للمدينين، وذلك عن طريق تخفيض سعر الفائدة وتحديده بنسبة معينة وتحريم الفوائد الفاحشة التى تزيد عن الحد القانونى(١)، بيد أنهم لم يتوصلوا إلى تحريم الربا كلية وإلغاء القرض بفائدة(٢).

الفرع الثانى

أثر الديانة المسيحية فى تطور القانون الإنجليزى

كان أثر الديانة المسيحية فى تطور القانون الإنجليزى ضئيلاً إذا قورن بأثرها فى القانون الرومانى، ولعل ذلك يرجع إلى أن القانون الإنجليزى تطور تحت تأثير الاعتبارات العلمية التى وجدت فى إنجلترا(٣). فالقانون الإنجليزى له ذاتية خاصة، إذ أنه فى نشأته وتطوره كان بعيداً عن المؤثرات الخارجية التى جرت أحداثها فى القارة الأوربية(٤).

---

(١) حدد الإمبراطور "جستنيان" سعر الفائدة بطريقة تأخذ فى الاعتبار مركز الدائنين ودرجة ثرائهم، فكان يجوز للأغنياء الموسرين أن يقرضوا أموالهم بفائدة قدرها ٤٪، وللطبقة الوسطى بفائدة ٦٪، أما طبقة التجار فكان يجوز لها أن تقرض بفائدة قدرها ٨٪، كما حدد سعر الفائدة بالنسبة للقرض البحرى وقرض المغامرة بـ ١٢٪ كحد أقصى .

(٢) دكتور / مصطفى صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص٢١١ .

(٣) وذلك بعكس الحال بالنسبة للقانون الرومانى، الذى تطور - بصفة خاص[illegible] العهد البيزنطى - تحت تأثير بعض المبادئ الخلقية والفلسفية. دكتور/ صوفى أبو ط[illegible] : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ١٨٨ .

(٤) دكتور/ فتحى المرصفاوى : تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية "تكوين الشرائع وتطورها" ، ص٢٥٠ .

وقد بدأ اتصال القانون الإنجليزى بالديانة المسيحية عن طريق القانون الرومانى، خلال العصر الرومانى (من عام ٥٥ ق.م حتى عام ٤٤٩م) . فلقد أحل الرومان، لدى احتلالهم الجزر البريطانية، قانونهم ومدنيتهم ودينهم محل تقاليد وديانة القبائل الصلتية التي استوطنت إنجلترا منذ أقدم العصور. بيد أن هذه الفترة المسماة بالعصر الروماني لم تترك أثراً ملحوظاً فى القانون الإنجليزى، حيث زالت بزوال الاحتلال الرومانى وحلول الاحتلال الأنجلو سكسونى محله، فقد حلت تقاليد الأنجلوسكون محل قانون الرومان[١].

وخلال العصر الأنجلو سكونى (من عام ٤٤٩م حتى عام ١٠٦٦م) تأثر القانون الإنجليزى بالديانة المسيحية وذلك عن طريق بعض النظم القانونية التى تسربت إليه من القانون الكنسى. ففى هذا العصر بدأت المسيحية فى الانتشار – منذ القرن السادس الميلادى – وتم تطبيق القانون الكنسى فى المسائل الدينية وعلى الشئون المتعلقة بالكنيسة وبرجالها، كما أن القضاء المدنى – فى ذلك العصر – لم يكن منفصلاً عن القضاء الدينى حيث كان الأسقف يجلس على منصة القضاء فى محكمة المقاطعة ومن هنا كان للقانون الكنسى بعض التأثير على المسائل المدنية، كذلك منح للمجالس الدينية الاختصاص بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالأراضى والتى تثور بين الكنيسة والأفراد[٢]. وقد ساعد على زيادة التأثير المسيحى،

---

(١) الأستاذ/ على بدوى : أبحاث التاريخ العام للقانون، الجزء الأول، تاريخ الشرائع، الطبعة الثالثة ١٩٤٧ ، ص ١٥٢

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب : مبادئ تاريخ القانون، ص ٢٥٨

أنه لم يكن هناك قانون إنجليزى مكتوب، بل كان الأمر متروكاً للأعراف القبلية. وبالرغم من تأثير المسيحية فى القانون المطبق حينذاك، إلا أن التأثير لم يكن بالقوة الكافية للقضاء على بعض النظم القانونية البدائية العتيقة التى اعتادت المحاكم تطبيقها، فاللجوء إلى «المحنة» كوسيلة للإثبات كان مسألة عادية وتتم داخل الكنيسة(١).

أما فى العصر النورماندى (يبدأ عام ١٠٦٦م) فقد تم فصل القضاء المدنى عن القضاء الدينى، وتكونت محاكم كنسية برئاسة الأساقفة لتختص بالفصل فى القضايا المتعلقة برجال الدين - جنائية أم مدنية - وبالأمور المتعلقة «بعلاج الروح» كالزواج والطلاق والاعتداء على الدين، وكانت هذه المحاكم تطبق القانون الكنسى على ما يعرض عليها من منازعات(٢). وقد ظهر فى هذا العصر صراعاً بين المحاكم الكنسية من جهة والمحاكم الملكية (المدنية) من جهة أخرى، فقد سعت المحاكم الكنسية إلى توسيع اختصاصاتها القضائية، وذلك بسبب مرونة ما يسمى «علاج الروح» إذ رأت المحاكم الكنسية أن إتيان أفعال منافية للخلق المسيحى كالتزوير والقذف والغش يدخل فى ذلك الإطار، كما قررت أن أى نزاع يمس مصالح الكنيسة أو يمس مصالح أحد أفرادها يعتبر من اختصاصها(٣). وقد زادت هوة الخلاف بين هذين النوعين من المحاكم حينما استخدمت المحاكم

(1) Diamond: L'évolution de la loi et de l' ordre, trad. franc., Jacques David, Paris 1954, p. 187.

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تكوين الشرائع، ص١٤٨ .

(٣) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية «تكوين الشرائع وتطورها»، ص٢٥١ .

الكنسية - بهدف توسيع اختصاصها - الامتياز الدينى الذى منحه لها الملك - منذ القرن الثانى عشر - ومقتضاه عدم اختصاص المحاكم الملكية بمحاكمة أحد رجال الدين إذا اتهم بارتكاب الجرائم الماسة بالأمانة، إذ قررت المحاكم الكنسية أن صفة رجل الدين يكتسبها الشخص إذا استطاع تلاوة إحدى آيات الإنجيل باللاتينية، وقد أدى هذا التفسير الموسع إلى إفلات العديد من الأشخاص من الخضوع للقضاء الملكى وبالتالى من التعرض للعقوبات القاسية التى كانت تطبقها تلك المحاكم. وقد زادت الأمور تعقيداً أيضاً عندما طبقت الكنيسة امتياز الحماية الذى يتمتع به أى فرد يحتمى بمكان مقدس ومن ثم عدم جواز القبض عليه، بل لقد توصلت الكنيسة إلى القول بأن المحكوم عليه بالإعدام من إحدي المحاكم المدنية إذا تمكن من اللجوء إلى الكنيسة والاحتماء بها فإن حكم الإعدام يسقط متى قام المحكوم عليه بدفع تعويض عادل لأسرة المجنى عليه[1]. وقد ظل الصراع مشتعلاً بين القضاء الدينى والقضاء المدنى إلى أن تمكنت المحاكم الملكية من ابتلاع اختصاص الكنيسة القضائى شيئاً فشيئاً، حيث أصدر البرلمان الإنجليزى عدة قوانين متتالية (عام ١٥٣٠ ، ١٦٢٣ ، ١٨٥٧م) ترمى إلى تقليص اختصاصات المحاكم الكنسية[2].

ولا يعنى تضاؤل اختصاص المحاكم الكنسية أن القانون الكنسى والمبادئ المسيحية لم يعد لها تأثير على الوضع القانونى فى إنجلترا، إذ بجوار الأعراف التقليدية ظهر فى إنجلترا قانون العدالة، وهذا القانون

(1) Diamond: L'évolution de la loi et de l' ordre, trad. franc Jacques David, Paris 1954, p. 186 et s.

(٢) الأستاذ / علي بدوي: أبحاث التاريخ العام للقانون، ص١٨٥ - ١٨٦ .

يستمد أفكاره من مصادر متعددة من أهمها مبادئ القانون الطبيعى، وكان القانون الطبيعى فى ذلك الوقت مختلطاً ببعض مبادئ القانون الكنسى[(١)].

المطلب الثانى

أثر الديانة الإسلامية فى تطور القانون العربى القديم

أصاب المجتمع العربى قبل الإسلام حظاً من الحضارة والمدنية، إذ كان قد وصل إلى مرحلة المجتمع المنظم، حيث عاشوا فى ظل نظام القبيلة كنظام سياسى[(٢)]. وإذا كانت الجزيرة العربية لم تعرف نظام الدولة الموحدة ولا الحكومة المركزية التى عرفتها بعض المناطق[(٣)]، مما يعنى عدم إمكان الكلام عن سلطة تشريعية أو قوانين مكتوبة - مثل قوانين بوكخوريس وحمورابى وجستنيان - إلا أن ذلك لا يعنى أن الجزيرة العربية لم تعرف القانون، ولكن الصورة التى كان عليها القانون فى هذه المنطقة فرضتها طبيعة الظروف الإقتصادية والاجتماعية بل والجغرافية لهذه المنطقة، فالقانون وليد

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تكوين الشرائع، ص١٥٠ .

(٢) دكتور / صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص ١٦٣ .

(٣) عاش العرب قبل الإسلام في حالة تفرق، فلم تكن تجمعهم سلطة سياسية واحدة. فقد كان هناك العرب الرحل الذين تجمعهم القبائل والعشائر وهم فى ترحالهم يسعون وراء العشب لرعى ما معهم من إبل وأغنام، كما كان هناك سكان المدن التى ظهرت كتجمعات سكانية فى نواحي متفرقة من شبه الجزيرة العربية، ظهر بعضها بسبب ثقافى والبعض الآخر بسبب دينى والبعض الثالث كمحطات للتجارة وللقوافل التجارية. دكتور / فتحى المرصفاوى: فلسفة النظم القانونية والاجتماعية، ص١٦٥ .

الظروف وانعكاس صادق لها[١]، ومن هنا كان للمجتمع العربى الجاهلى نظمه الخاصة به المستمدة من الأعراف التى توارثها جيلاً بعد جيل، ولذلك كان لها طابعها الخاص، كما أن تلك الأعراف كانت تختلف باختلاف القبائل. وقد ذهب البعض إلى أن تلك القواعد العرفية قد تأثرت إلى حد ما بالنظم القانونية التى كانت سائدة لدى الشعوب المجاورة كالفرس وخاصة بالنسبة للقبائل التى كان هناك اتصال قائم ودائم بينها وبين الفرس سواء للجوار أو للتبادل التجارى، كما تأثرت تلك القواعد العرفية أيضاً بقواعد التشريع الموسوى الذى ساد لدى اليهود المقيمين فى شبه الجزيرة العربية وخاصة فى يثرب، بيد أن ذلك الأثر غير العربى على النظم القانونية لدى العرب قبل الإسلام كان ضئيلاً للغاية[٢].

ولما ساد الإسلام شبه الجزيرة العربية، أصبحت أحكامه هى القانون الواجب التطبيق، فلم يكن الإسلام ديناً فحسب، حيث تميزت الشريعة الإسلامية باحتوائها على الكثير من الأحكام التى تنظم أمور الناس والدنيا، ولهذا أطلق على الإسلام «دين ودنيا». ومما لا شك فيه أن ظهور الإسلام كان يمثل حداً فاصلاً بين عهدين مختلفين من عصور التاريخ القانونى، عهد الفطرة الذى لا يسود فيه قانون شامل ولا يؤيد تقاليده من جزاء سوى القوة الفردية، وعهد النظام الذى يخضع فيه الجميع إلى شريعة عامة واحدة تؤيدها العقيدة وتتكفل بنفاذها السلطة العامة[٣]. فقد جاء الإسلام بدين

(١) دكتور/ عادل بسيونى: التقاليد العرفية القديمة فى شبه الجزيرة العربية، الناشر مكتبة نهضة الشرق، بدون تاريخ، ص٥٧ .

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تكوين الشرائع ، ص ٨٩ .

(٣) الأستاذ/ على بدوى: أبحاث التاريخ العام للقانون، ص٢١٤

جديد وتنظيم جديد للمجتمع مشتملاً على مبادئ خلقية وفلسفية وقانونية جـديدة[1]، هذه النظم والمبادئ أحدثت انقلاباً خطيراً فى المجتمع، سواء

---

(١) "يتمثل إطار فلسفة القانون فى الفكر الإسلامى فيما يلى :

أولاً : الاختلاط الوثيق بين القاعدة القانونية ومصدرها الدينى، فلا يوجد أى انفصال بين القانون والدين.

ثانياً: يتمثل معيار صحة النظام القانونى فى اتفاقه مع الأسس العامة للديانة الإسلامية كما صاغها القرآن والسنة والإجماع.

ثالثاً : أدى الانصهار بين القانون والدين فى إطار الشريعة الإسلامية إلى الامتزاج بين مفهوم القانون والأخلاق، ولهذا تعد الشريعة الإسلامية من أبرز القوانين التى لا تقيم حدوداً فاصلة بين القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية، وهذا الارتباط الشديد بين القانون والأخلاق قد أكسب الشريعة الإسلامية عظمة وبهاءً ومرونة وخلصها من الشكليات الجامدة التى سيطرت على نظم كثيرة.

رابعاً: تمثل العدالة أساساً أولياً لكافة النظم القانونية فى الشريعة الإسلامية، فالعدالة ركن أساسى في القاعدة القانونية، ويرجع ذلك إلى الأصل الدينى للشريعة الأمر الذى يوجب أن تكون قواعدها كلها عادلة. ويلاحظ أن معنى العدالة فى الشريعة الإسلامية أوسع مدى ونطاقاً من نظيره فى الأنظمة الوضعية، فالعدالة فى الشريعة الإسلامية تحيط بكافة مظاهر الحياة الإنسانية، إذ ينادى الإسلام بعدالة الإنسان نحو نفسه ونحو غيره حتى ولو كان من الأعداء.

خامساً: لا مكان لفكرة القانون الطبيعى فى مجال فلسفة القانون الإسلامى، فالإيمان بفكرة القانون الطبيعى يتناقض تناقضاً جوهرياً مع أسس العقيدة الإسلامية القائمة على أن الله إله واحد وهو – جل شأنه – المشرع الوحيد، بل إن الإيمان بفكرة القانون الطبيعى – إن لم نتجاوز فى القول – يعد بمثابة إلحاد، لأن مقتضى الإيمان بهذه الفكرة هو أننا نضع الطبيعة فوق الله أو نجعل الله متجسد فى الطبيعة، والأمران =

من الوجهة الخلقية والاجتماعية أم من الوجهة القانونية، وكان من نتيجة ذلك أن ألغيت التقاليد والعادات التى تتنافى مع مبادئ الدين الجديد (مثل بيوع الغرر والربا وبعض صور الزواج)، واستبقيت التقاليد التى تتمشى مع المبادئ الفلسفية والخلقية والقانونية التي جاء بها الإسلام (مثل بعض البيوع والقصاص والدية)، واستحدثت قواعد ونظم جديدة لم يكن للعرب عهد بها من قبل نتيجة للتطور الذي حدث بالمجتمع (مثل توريث الإناث ونظام الخلافة كنظام سياسى للحكم).

ونعرض فيما يلى لأثر الديانة الإسلامية فى تطوير بعض النظم القانونية التى كانت سائدة لدى العرب.

أولاً: نظام الحكم:

كان المجتمع العربى الجاهلى مفتتاً من الناحية السياسية، حيث

= يتناقضان مع حقيقة الله فى الإسلام الذى ليس كمثله شئ وأنه القادر العظيم وهو الخالق للطبيعة وما بها من موجودات.

سادساً: تنفصل الدولة عن القانون، فلا يمكن القول أن الدولة هى مصدر القانون فى الفكر الإسلامى، وإنما الدولة هى جهاز لتطبيق القانون الإلهى. وإذا كان للدولة -ممثلة فى السلطة التشريعية - من أثر على القاعدة القانونية، فيتمثل هذا الأثر فى قيامها بالتدخل بإضافة أحكام قانونية تلائم الواقع والأحداث المتجددة، مع وجوب - عند ممارستها لهذه السلطة - مراعاة ما يأتى: أ- التشريع والاجتهاد فى إطار المسائل التى تدخل فى نطاق الأحكام غير القطعية، ب- مراعاة الأسس العامة والضوابط الأساسية لمناهج البحث فى الفكر الإسلامى كما صاغها العلماء الأوائل وعلماء الأصول، ج- ألا يخرج الحكم الجديد عن الإطار العام للشريعة الإسلامية».
دكتور/ فايز محمد حسين: نشأة القانون «مدخل فلسفى وتاريخى لدراسة فكرة القانون»، ص١٥٨ وما بعدها.

انحصر الوعى السياسى وآفاق التفكير فى حدود القبيلة والتى مثلت وحدة سياسية قائمة بذاتها[١]، فتعددت الوحدات السياسية بتعدد القبائل مما قضى على الترابط بينها، وكانت كل قبيلة تخضع لسلطة رئيسها الذى يتولى تصريف أمورها الداخلية والخارجية، ويمكن القول بأن روح الديمقراطية كانت تسود القبيلة، إذ كان لكل قبيلة مجلس من الشيوخ على رأسه شيخ يختارونه من بينهم ويطلق عليه الرئيس أو الشيخ أو الأمير أو السيد ونادراً ما يستبد شيخ القبيلة فى حكمه وإدارته للشئون الداخلية والخارجية، فقبل الإقدام على أمر ما - خاصة إذا كان هذا الأمر على درجة معينة من الأهمية - أو اتخاذه لقرار معين كان يجب عليه أن يتشاور مع غيره من أهل الرأى فى القبيلة، ومبدأ الوراثة فى رئاسة القبيلة لم يكن مقبولاً لدى العرب، حيث كان اختيار رئيس القبيلة يتم وفقاً لمعايير كثيرة منها كبر السن والنفوذ والحكمة والشجاعة. وقد ارتبط مفهوم العدالة عند العرب قبل الإسلام بالقوة فمن كان صوته أمضى وأقوى كانت له الكلمة والغلبة وكان الحق فى جانبه، ومن هنا كان صوت الحق والعدل هو صوت القوة، وكان على الفرد أن يجاهد بنفسه وعصبيته من أجل الحصول على حقه والزود عنه[٢]. وقد سيطرت فكرة التضامن المطلق فى الحقوق والواجبات على أفراد القبيلة، حيث ساد مبدأ مسئولية الجماعة عن أعمال أفرادها - على خلاف الشرائع الحديثة إذ يسود مبدأ المسئولية الشخصية -

---

(١) القبيلة هى عبارة عن جماعة من الأفراد جمعهم أصل واحد مشترك وربطتهم العصبية للأهل والعشيرة.

(٢) عبر «زهير بن أبى سلمى» عن هذه الفلسفة فى معلقته قائلاً:

ومن لا يَزُد عن حوضه بسلاحه ... يهدم ومن لا يظلم الناس يظلم.

لأن فلسفة العصبية القبلية تقوم دائماً على أساس نصرة الفرد لأبناء قبيلته إذا دعته إلى نصرتها فى ساعات الخطر، وقبوله تحمل مسئولية أعمال غيره من أبناء القبيلة فيساهم فى دفع الديات للقتلى من القبائل الأخرى أو الفداء عن الأسرى من قبيلته(١).

وقد ظهر أثر الإسلام واضحاً فى مجال نظام الحكم وذلك بتحقيق الوحدة السياسية للعرب وجعلهم أمة موحدة تحت قيادة الرسول ﷺ، وقد شيد الفقهاء المسلمون نظرية عامة وكاملة لنظام الخلافة (رئاسة الدولة الإسلامية) - بعد أن أجمعت الأمة الإسلامية بطوائفها ومذاهبها المختلفة على وجوب وجود خليفة للرسول ﷺ يقوم على حراسة الدين وسياسة الدنيا(٢) -فبينوا طريقة اختيار الخليفة والشروط الواجب توافرها فيه والواجبات الملقاة على عاتقه وطريقة عزله إذا لم يعد صالحاً لرئاسة الدولة الإسلامية(٣). وتختلف

(١) دكتور/ عادل بسيونى: التقاليد العرفية القديمة فى شبه الجزيرة العربية، ص٤٦ .

(٢) لم يشذ عن هذا الإجماع سوى النجدات - إحدى فرق الخوارج - وأبو بكر الأصم من المعتزلة، فقالوا بجوازها. فهى تدخل عندهم فى مرتبة الإباحة، ومن ثم كان للأمة -حسب ظروفها - أن تقيمها أو تهملها بلا أدنى مسئولية فالخلافة عندهم ليست أصلاً من أصول الإسلام - خلافاً لرأى أهل السنة - كما أنها ليست ركناً فى الدين - خلافاً للشيعة - بل هى من المصالح العامة المفوضة للأمة، وأن إقامتها ليست من الأمور التى يفرضها الإسلام.

دكتور/ صوفى أبو طالب : تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، الطبعة الثالثة ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٦م، الناشر دار النهضة العربية، ص١٠٧ .

(٣) انظر فى تفصيلات مفهوم نظام الخلافة فى الإسلام، مؤلفنا «فلسفة نظم القانون المصرى»، الجزء الثالث، العصر الإسلامى، الطبعة الأولى ٢٠٠٢، ص٣٥ - ٦٤ والمراجع العديدة التى أشرنا إليها فى هذا الصدد

الخلافة عن رياسة الدولة فى النظم الدستورية المعاصرة فى أن الخليفة يجمع بين يديه السلطات الدينيـة والدنيوية، أى السلطات التشريعيـة والقضـائية والتنفيـذية بالإضافة إلى الرئاسـة الدينية، ومنشـأ الجمع بين الولايتين له أن الغـاية من إقامـته ومبـايعتـه هو أن يقوم بحـراسـة الدين وسيـاسة الدنيـا، ويقتضى ذلك أن يكون له النظر فى الشئون الدينية والدنيوية معاً(١). وتقوم فلسـفة نظام الحـكم فى الإسلام على أسـاس من العـدل والشورى والأمـر بالمعـروف والنهى عن المنكر، فـالعـدل هو أساس الحـكم فى الإسلام، أمـا الشورى فهى وسيلة الحكم فى الإسلام، والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر هو ضمان الحكم العادل السليم(٢).

ثانياً: نظام الأسرة:

كان للإسلام دوراً واضحـاً فى تطور نظام الأسرة فى القانون العربى القديم، حـيث أثرت قواعـده فى مجـال الزواج والطلاق والنسب والسلطة الأبوية والميراث(٣).

---

(١) لا يعنى شمـول ولاية الخليفة للشـئون الدينية والدنيـوية أن الخليفة ذو صلة إلهـية أو أنه يستمد سلطانه من الله، فهو فرد من المسلمين وثقوا بكفايته لحراسة الدين وسياسة الدنيا فـبايعـوه على أن يقـوم برعاية مـصـالحهم وله علـيهم حق السـمع والطاعـة، وسلطانه مكتسب من بيعـتهم له وثقتهم به. دكتور/ عـبد المجيد محمـد الحفناوى: تاريخ القانون المصرى «مع دراسات فى نـظرية العقد فى القانون الرومـانى»، طبعة ١٩٧٧ / ١٩٧٨ ، ص٣٤٧ .

(٢) دكتور/ مصطفى صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص٢٢٠ .

(٣) انظر فى تفـصيـلات ذلك: دكـتوره/ فـاطمة مـحـمد عـبد العلـيم: أثر الدين فى النظم القانونية «دراسة مقارنة بين الإسلام والمسيحية»، رسالة دكتوراه، ص ١٤٥-٢٢٠ .

أ- الزواج :

عرفت القبائل العربية قبل الإسلام صوراً عديدة للزواج، قامت -كقاعدة عامة - على أساس سلطة من الرجل تفرض على المرأة التى كانت تعد كائناً مغلوباً على أمره. بيد أن الشريعة الإسلامية أتت بفلسفة جديدة للعلاقة بين الجنسين، إذ أقامت تلك العلاقة على أساس من المساواة والمودة، وهكذا بنى الإسلام أحكام الزوجية على أساس قواعد حكيمة موافقة للطبيعة البشرية والاحتياجات الدنيوية ودواعى الحضارة والعمران والمدنية وسنن الارتقاء الطبيعى للأمم(١). ومن هذا المنطلق أبقت الشريعة الإسلامية على بعض صور الزواج التى كانت موجودة لدى عرب الجاهلية لعدم تعارضها مع أحكامها ومبادئها، وحرمت وأبطلت بعض الصور الفاسدة. وفيما يلى عرض لبعض صور الزواج لدى عرب الجاهلية وموقف الشريعة الإسلامية منها:

١- زواج المقت : وهو زواج الإبن من زوجة أبيه بعد وفاة الأب(٢).

---

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تكوين الشرائع ، ص٩٠ .

(٢) يقول الفخر الرازى: «كان الرجل فى الجاهلية إذا مات وكانت له زوجة وجاء إبنه من غيرها أو بعض من أقاربه فألقى ثوبه على المرأة وقال : (ورثت امرأته كما ورثت ماله) فصار أحق بها من سائر الناس ومن نفسها فإن شاء تزوجها بغير صداق إلا الصداق الأول الذى أصدقها الميت وإن شاء زوجها من إنسان آخر وأخذ صداقها ولم يعطها منه شيئاً». انظر فى ذلك، الألوسى: بلوغ الأرب فى معرفة أحوال العرب، طبعة ١٩٢٤، ص٢٠٧ .

ومن الجدير بالذكر فى هذا الصدد أن الأرملة كان لها أن تفتدى نفسها بمبلغ من المال مقابل تخلية سبيلها. انظر، دكتور/ جواد على: المفصل فى تاريخ العرب قبل الإسلام، بيروت ١٩٦٤، الجزء الخامس، ص ٥٥٢ .

=

فالإبن الأكبر بعد وفاة أبيه كان يرث ماله وزوجته، وبالتالى كان هذا الإبن يتحكم فى زوجة أبيه المتوفى، فله أن يتزوجها أو أن يبقيها محبوسة بعد وفاة أبيه - أى يمنعها من الزواج - أو يزوجها لرجل آخر ويقبض مهرها، فالمرأة فى ظل هذا النظام سلعة تباع ومال يورث(١). وقد أبطل الإسلام هذه الصورة إعمالاً لقوله تعالى: «ولا تنكحوا مانكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلاً»(٢).

٢- زواج المتعة: هو زواج الرجل بالمرأة لمدة محددة، أى أن الزواج موقوت بمدة معينة وتنقضى العلاقة الزوجية بحلول الأجل المتفق عليه. وقد أبطل الإسلام هذه الصورة من صور الزواج(٣).

= هذا وقد عرفت بعض الشعوب القديمة هذه الصورة للزواج، وذلك كالرومان والفرس والعبرانيين، وكان يطلق عليها نظام الخلافة على الأرامل، ومازال هذا النظام معروفاً لدى بعض القبائل فى أفريقيا تحت ذات المسمى. دكتور/ عادل بسيونى: نشأة النظم القانونية والاجتماعية وتطورها، طبعة ١٩٩٨ / ١٩٩٩، ص١٣٤.

(١) لاشك أن هذه الصورة للزواج تعبر عن حقيقة مركز المرأة فى مجتمع الجزيرة العربية قبل الإسلام، إذ كانت مهضومة الحقوق، ليس لها الحق فى الإرث، وليس لها شخصية مستقلة حيث تخضع للوصاية الدائمة قبل الزواج وبعده، وذلك انطلاقاً من فلسفة مؤداها أن المرأة عاجزة عن الدفاع عن الجماعة بل إنها كانت تمثل عبئاً عليها، ومن هنا كانت ظاهرة تفضيل الذكر على الأنثى وانتشار ظاهرة وأد البنات. دكتور/ عادل بسيونى: التقاليد العرفية القديمة فى شبه الجزيرة العربية، ص٦٩.

(٢) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص١٦٣.

(٣) كان الرسول ﷺ قد أباح هذه الصورة من صور الزواج للمجاهدين فى غزواتهم وذلك لمن لا يستطيع الصبر عن النساء، إلا أنه ﷺ قد أبطله فى حجة الوداع إذ خاطب الناس=

٣- زواج الأخدان: هو اشتراك مجموعة من الرجال فى زوجة واحدة[١]، بشرط ألا يبلغ عدد الرجال العشرة، ولكل منهم حق على الزوجة مساو لحق الآخرين[٢]. وإذا أنجبت تلك المرأة فهى التى تقرر أى من هؤلاء الأزواج هو الأب فينسب إليه المولود، ولا يستطيع الأب إنكار النسب. وقد حرم الإسلام هذا النوع من الزواج تحريماً مطلقاً، حيث فيه إهدار للحرمات واختلاط للأنساب[٣].

= بقوله: «إنى كنت أذنت لكم فى الاستمتاع من النساء، وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة، فمن كان عنده منهن شئ فليخل سبيله ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً». وقد أجمعت المذاهب الفقهية على تحريم المتعة، عدا الشيعة الإمامية الذين أباحوها واستندوا إلى قوله تعالى فى سورة النساء آية رقم (٢٤): «فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة».

(١) دكتور/ فايز محمد حسين: أصول النظم القانونية «مع دراسة فى مصادر الالتزام فى القانون الرومانى»، ص١٤٨ .

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تكوين الشرائع، ص٩٣ .

(٣) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص١٦٥ .

وقد أشار «سترابو» إلى المخادنه على أنها صورة من صور تعدد الأزواج، ومثل لذلك بتعدد الأزواج الأخوة لزوجة واحدة - وهو ما يعرف عند علماء الاجتماع Fraternal Polyandry - إذ كان الأخوة يشتركون فى كل شئ، فى المال والزوجة، فلهم جميعاً زوجة واحدة، وتكون الرئاسة للأخ الأكبر الذى تكون الزوجة فى الليل من نصيبه وحده، ومتى أراد أحد الأخوة الاتصال بالمرأة فإنه كان يضع عصاه على باب الخيمة ليفهم باقى الأخوة بأنه مع المرأة فلا يدخلون. وقد فسر بعض علماء الاجتماع هذه الظاهرة بقلة عدد النساء بسبب انتشار عادة وأد البنات. =

٤- زواج البغايا : وهو الزواج الذى لا تختص فيه المرأة برجل معين، ولكنها تعتبر مشاعاً بين الرجال(١)، حيث لا تمتنع المرأة عمن يتقدم لها من الرجال دون تحديد لعددهم، وفى هذه الصورة تبدو الإباحية الجنسية فى أبرز صورها. وإذا أنجبت تلك المرأة استدعت جميع الرجال الذين قامت بينها وبينهم علاقة، واستدعت شخص متخصص فى معرفة التشابه بين الأفراد ليقرر نسب المولود إلى أحد الرجال، ولا يستطيع هذا الرجل أن ينكر نسب المولود إليه(٢). وقد حرم الإسلام هذا النوع من العلاقات بين الجنسين واعتبرها زناً يعاقب مرتكبه بالحد المقرر شرعاً للزنا.

٥- زواج الاستبضاع: فى هذه الصورة يأمر الرجل زوجته متى طهرت من حيضها أن تعاشر رجل معين معاشرة الأزواج حتى تحمل منه ثم تعود إلى زوجها، وقد كان المقصود من هذا الوضع أن تحمل المرأة من رجل من ذوى النفوذ أو الجاه أو الثراء أو بسبب عقم الزوج ورغبته هو وزوجته في الذرية. وهذا الوضع يعد صورة من صور الإباحية الجنسية، ولذلك حرمها الإسلام واعتبرها من قبيل الزنا المعاقب عليه(٣).

= ويرى البعض أن نظام المشاركة الأخوى هذا يعتبر مرحلة وسط بين تعدد الأزواج البدائى الذى لم يكن يخضع لأى قيد، وزواج البعولة أى اختصاص المرأة برجل واحد وهو الذى أباحته الأديان السماوية وكان هو الصورة الغالبة فى الجزيرة العربية قبل الإسلام. دكتور/ عادل بسيونى: التقاليد العرفية القديمة فى شبه الجزيرة العربية، ص٧٢.

(١) دكتور / فايز محمد حسين: أصول النظم القانونية «مع دراسة فى مصادر الالتزام فى القانون الرومانى»، ص١٤٨ .

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تكوين الشرائع، ص٩٣ .

(٣) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص١٦٦ .

٦- زواج الشغار : وصورته أن يزوج الرجل ابنته أو أخته مقابل أن يزوجه الآخر ابنته أو أخته ولايدفع كلاهما مهراً، وسمى بزواج الشغار لأنه شاغر - أى خال - من المهر(١). وقد كرم الإسلام المرأة، ومن مظاهر تكريمه لها أنه أوجب استحقاقها مهراً بمناسبة زواجها، لذلك اعتبر الإسلام هذا الزواج مقترن بشرط غير صحيح، بحيث يصح الزواج ويبطل الشرط، أى تستحق الزوجات مهراً في هذه الحالة(٢).

٧- تعدد الزوجات: كان تعدد الزوجات شائعاً لدى العرب قبل الإسلام بصورة مطلقة، حيث كان لا يخضع لأية ضوابط، إذ للرجل حق الزواج بما يشاء من النساء دون حداً أقصى(٣). بيد أن الإسلام وإن أباح تعدد الزوجات، إلا أنه قيده بحد أقصى وهو أربع زوجات، كما اشترط العدل بينهن بحيث إذا خشى الإنسان من عدم استطاعته العدل بينهن فإنه يجب الرجوع إلى الأصل وهو وحدة الزوجة(٤).

---

(١) دكتور/ فايز محمد حسين: أصول النظم القانونية «مع دراسة فى مصادر الالتزام فى القانون الرومانى»، ص١٤٧ .

(٢) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص١٦٤ .

(٣) دكتور/ فايز محمد حسين: أصول النظم القانونية «مع دراسة فى مصادر الالتزام فى القانون الرومانى» ، ص١٥٢ .

(٤) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص١٦٦ .

قال تعالى فى سورة النساء الآية رقم (٣): «انكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع»، ثم أردف الآية السابقة بقوله تعالى: «فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو =

٨- فكرة المحارم : عـرف عرب الجاهلية تحـريم الزواج بين الأقارب المقربين، كالزواج بالأم أو بالبنـت أو بالأخت. وقد توسع الإسلام فى فكرة المحارم فأقـر أولاً الصورة المعروفة للمـحرمات لدى عرب الجـاهلية بنص صـريح فى قـوله تعـالى: «حـرمت عليكـم أمهـاتكـم وبناتكم وأخـواتكم وعـمـاتكم وخـالاتكم وبنـات الأخ وبنات الأخت»، ثم أضـاف صـورتين أخريتين حيـث اعتبر فى المصاهرة والـرضاع مانعاً قانونيـاً من موانع الزواج فى حدود معينة[١].

ب: الطلاق:

عرف العـرب قبل الإسلام نظام الطـلاق، وكان حقـاً للرجل يمارسه دون أية قيود أو ضوابط بحيث كـان للزوج حق إرجاع زوجته فى أى وقت وبعد أى عـدد من الطلقات[٢]. ولكن جاء الإسلام وحـدد الطلاق بثلاث طلقات يسقـط بعدها حق الزوج فى إعادة الزوجة. وقـد عرف العرب إلي جانب ذلك أنواعاً متعددة من الطلاق منها:

١- طلاق الظهـار: ومؤداه أن يشبـه الرجل زوجتـه بأحد المحـرمات

= مـاملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعـولو»، وقد أبان سـبحـانه وتعالى أن شـرط تحقـيق العدل بين النساء يكاد يكون مستحيـلاً بقوله جل شأنه فى سورة البقرة آية رقم (١٢٩): «ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم».

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص١٦٤ .

(٢) تقول أم المؤمنين السـيدة عائشـة فى ذلك: «كان الرجل يطلق امـرأته ماشـاء أن يطلقـها، وهى امرأته إذا ارتجـعها وهـى فى العدة، وإن طلقهـا مائة مرة أو أكـثر، حـتى قال رجل لامرأته: والله لأطلقك فتبينى ولا آويك أبداً، فقالت: وكيف ذلك؟ قال: أطلقك فكلما همت عدتك أن تنقضى راجعتك».

عليه، كأن يقول لها: «أنت عليّ كظهر أمي أو أختي»، وكان هذا الطلاق مؤبداً لا رجعة فيه[١]. وقد أبطل الإسلام هذا النوع من الطلاق، لأنه يتعارض مع إمكانية إعادة الحياة الزوجية بين الزوجين بعد الطلاق، وأجاز للزوج أن يستمتع بزوجته إذا قام بصيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكيناً أو عتق رقبة، ككفارة عما بدر منه[٢].

٢- الطلاق المؤقت: ومؤداه أن يقسم الزوج على ألا يقرب زوجته مدة معينة من الزمن، وهذا الطلاق يسمى طلاق الإيلاء. فجاء الإسلام وحدد مدة الإيلاء بأربعة أشهر، ويجوز للحالف أن يرجع إلى زوجته خلال تلك المدة ولا إثم عليه في ذلك ويعتبر يمينه لغواً، أما إذا زاد على أربعة أشهر طلقت منه زوجته[٣].

وقد تدخل الإسلام بصدد الطلاق فعدل فيه تعديلاً جوهرياً فجعله ثلاثة أنواع: الطلاق الرجعي، وفيه يجوز للرجل أن يراجع المرأة ولو بغير رضاها دون عقد ولا مهر جديدين مادامت خلال فترة العدة. وهناك الطلاق البائن بينونة صغرى، ولا يجوز في هذه الحالة أن يراجع المرأة إلا

---

(١) دكتور/ عادل بسيوني: التقاليد العرفية القديمة في شبه الجزيرة العربية، ص٧٧ .

(٢) دكتور/ طه عوض غازي: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص١٦٧ . قال تعالى في سورة المجادلة: «الذين يظاهرون منكم من نسائهم، ما هن أمهاتهم، إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم، وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً وأن الله لعفو غفور».

(٣) دكتور/ صوفي أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٢٢٤ .

قال تعالى في سورة البقرة: «للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم، وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم».

بعقد ومهر جديدين، سواء خلال فترة العدة أو بعدها. ثم نجد الطلاق البائن بينونة كبرى، ولا يجوز فى هذه الحالة للرجل أن يراجع زوجته إلا إذا تزوجت بغيره زواجاً شرعياً ثم طلقت منه وانقضت عدتها، وهى تعد نتيجة لتكرار الرجل استعمال حقه في الطلاق ثلاث مرات. كما نظم الإسلام تطليق الزوجة بناء على حكم من القضاء، وذلك فى حالة وجود عيب فى الزوج أو إعساره أو إضراره بها. كذلك نظم الإسلام الطلاق من حيث الآثار، فرتب على عاتق الزوج دفع مهر المرأة كاملاً إن كان قد دخل بها ونصفه إن لم يقع دخول، كما ألزم الرجل بالإنفاق على المرأة وعدم إخراجها من منزل الزوجية خلال فترة العدة[١].

ج- النسب:

أراد الإسلام إقامة النسب على أسسه الحقيقية، لذلك قضى على صور الزواج التى كانت تؤدى إلى عدم وضوح الأنساب، وقام بتنظيم الزواج حتى لا تختلط الأنساب، كما اشترط فترة عدة وهى المدة الكافية لثبوت حمل المرأة أو عدم حملها من زوجها الأول[٢]. كما حرم الإسلام

---

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تكوين الشرائع، ص٩٨ .

(٢) تختلف مدة العدة بحسب ما إذا كانت المرأة قد طلقت أو مات عنها زوجها. فبالنسبة للمطلقة فإن عدتها تكون ثلاثة قروء إن كانت من ذوات الحيض ولم تكن حاملاً، فإذا كانت حاملاً فإن مدة العدة تمتد حتى تضع حملها، أما من لم يحضن فإن عدتهن ثلاثة أشهر. وبالنسبة لمن توفى عنها زوجها فإن مدة العدة التى يجب عليها أن تقضيها قبل الاقتران بآخر هى أربعة أشهر وعشرة أيام من وقت الوفاة إذا لم تكن حاملاً. [illegible] كانت حاملاً فإن عدتها تكون بوضع الحمل.

التبنى وقصر النسب على الإبن الحقيقى[١].

د- السلطة الأبوية :

كانت الزوجة وجميع الأبناء يخضعون لسلطة رب الأسرة لدى عرب الجاهلية، والأصل أن هذه السلطة لم تكن تمتد إلى أشخاص الأبناء وأموالهم وإنما كانت سلطة خاصة بالإشراف والرعاية. بيد أنه ونظراً لاعتماد العرب على الذكور فى الصيد والغزو والحرب بجانب المحافظة على النسب، فقد انتشرت فى بعض القبائل العربية عادة وأد البنات[٢]. كذلك انتشر نوعاً من التقاليد والطقوس الدينية، تمثل فى حق الأب فى تقديم ولده كقربان للإله[٣].

---

(١) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص١٦٨ .

(٢) استند بعض علماء الغرب على هذه العادة للقول بأن رب الأسرة عند العرب كانت له سلطة على أفرادها مماثلة لما كان لرب الأسرة عند الرومان من سيادة مطلقة على أفراد بيته تتناول أشخاصهم وأموالهم.

فيرى «دارست» أن الزوجة كانت تشترى كالسلعة وتعتبر جزءاً من أموال الزوج، ولذلك كان ابن المتوفى يستحل زوجة أبيه إذا شاء الزواج منها، أو أن يزوجها من يشاء ويأخذ مهرها أو أن يعضلها عن الزواج أى يحبسها عنه، حتى تفتدى منه بمالها.

• Dareste: Etudes d'histoire de droit, t. 1, p. 61.

ويرى «سينت» أن سلطة الأب على أولاده كانت مطلقة لا حد لها.

• Seigette: Le précis de Khalil, Introduction, p. 24-48.

(٣) دكتور/ فايز محمد حسين: أصول النظم القانونية «مع دراسة فى مصادر الالتزام في القانون الروماني»، ص١٥٥ .

وقد أقر الإسلام سلطة رب الأسرة على أبنائه وذلك بماله من ولاية النفس عليهم، وهذه السلطة ليست مطلقة لأنها لا تمتد إلى أشخاص الخاضعين لها ولا تخول الأب أكثر من حق التأديب والتعليم والتهذيب. كما حرم الإسلام عادة وأد البنات، وأبطل حق الأب في تقديم ولده كقربان للإله[1].

هـ- الميراث:

نظم العرب في العصر الجاهلي قواعد الميراث بطريقة تتفق مع فلسفتهم العامة وتتلائم مع الأساس الذى تقوم عليه الأسرة، فكان أساسه «المناصرة والدفاع عن الأسرة»[2].

وقد انحصرت أسباب الميراث عندهم فيما يلى :

النسب (القرابة): لم يكن التوريث بسبب القرابة عاماً، حيث كان مقصوراً علي الذكور البالغين، وبذلك حرموا النساء والأطفال من الإرث، ويرجع ذلك إلى أن أساس الإرث هو القدرة على حمل السلاح ومقاتلة الأعداء[3]. وكان هؤلاء الذكور البالغين يتقدمون فى الإرث بحسب قرابتهم من المتوفي، فكانت التركة تذهب للإبن، فإن لم يوجد استحقها الأب، فإن لم يوجد أخذها الأخ ثم العم وهكذا.

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والإجتماعية، ص٢٢٨-٢٢٩ .

(٢) الأستاذ/ على بدوى: أبحاث فى تاريخ الشرائع، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، السنة الأولى، ١٩٣١، ص٣٢٩ .

(٣) كان عرب الجاهلية يقولون: «لا يرث إلا من طاعن بالرماح وزاد عن الحوزة وحاز الغنيمة».

التبنى: كان للرجل أن يتبنى إبـن غيره، وينسب هذا الإبن إلى المتبنى دون أبيه من النسب، وقد كـان هذا الإبن بالتبنى يتمتع بالحقـوق التى يتمتع بها الابن الأصيل ومن بينها حقه فى الحصول على نصيبه فى التركة.

الولاء (الحلف أو العهد): وهى مـعاهدة يرتبط بها شخـصان ويلتزم فيـها كل منهـما بمناصرة الآخـر حال الحـياة، ويتفـقان على أن يتـوارثا بعد الوفاة، فيرث الحى منهما الميت.

العَضْل : كان الابن الأكـبر يرث زوجة أبيه إذا توفى باعتـبارها جزءاً من التركة[١].

وقد هدم الإسـلام الأساس الذى كان يقـوم عليه الإرث فى العـصر الجاهلى وأحل محله نظامـاً تركز على مبادئ خلقية وعلى العـدالة وحماية الضعـفاء ويقدر عاطفـة المحبة الناتجة عن درجـة القرابة آخذاً بعين الاعتـبار المسئوليات المالية الملقاة على عاتق الرجل والمرأة. فحدد أنصبة معلومة لعدد من أقـارب المتوفى، وأشـرك النساء والأطفـال فى الإرث[٢]، كـمـا حـرم

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص ٢٢٥ .

(٢) أمر القـرآن الكريم بإشتـراك النساء فى الإرث بقوله تعـالى فى سورة النسـاء: «للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقـربون وللنساء نصيب مما تركـه الوالدان والأقربون، مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً».

كمـا حدد أنصـبة الورثة وترتيـبهم فى الميـراث، من ذلك قوله تعـالى فى سورة النساء: «يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثـيين، فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك، وإن كـانت واحدة فلهـا النصف، ولأبويه لكل واحـد منهما السـدس مما ترك إن كـان له ولد، فـإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فـلأمـه الثلث، فـإن كـان له إخوة فـلأمـه السدس». وحدد الكتاب الكريم أنصبة الأزواج والأقارب عند عدم وجود الأصول =

ميراث العضل لما فى ذلك من ظلم وإيذاء للمرأة(١)، وأبطل الإرث بالتبنى وبالولاء. كما بين الإسلام موانع الميراث وحصرها فى: الرق والقتل واختلاف الدين واختلاف الدار طبقاً لرأى بعض المذاهب(٢).

ثالثاً: نظام الرق:

عرفت كافة الشعوب القديمة نظام الرق، وقد كان يقوم على أساس منطقى لديهم، فللمنتصر فى الحرب أن يقتل المهزوم أى يملك إنهاء حياته ولذلك له أن يقضى على ما هو أقل من الحياة أى الحرية وبالتالى للمنتصر أن يسترق المهزوم(٣). وقد عرف العرب قبل الإسلام أيضاً الرق، وكان من

= والفروع بقوله تعالى: «ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد، فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن، من بعد وصية يوصين بها أودين، ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد، فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم، من بعد وصية توصون بها أو دين. وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث، من بعد وصية يوصى بها أو دين»، وفصل القرآن أنصبة الإخوة والأخوات لأبوين أو لأب بقوله تعالى: «يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة إن امرؤ هلك وليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك، وهو يرثها إن لم يكن لها ولد، فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك، وإن كانوا إخوة رجالاً ونساءً فللذكر مثل حظ الأنثيين».

(١) قال تعالى: «يا أيها الذين آمنوا لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرهاً ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن».

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص١٦٥ .

(٣) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره» ، ص١٦٩ .

الأعمدة الأساسية التى قام عليها البناء الاجتماعى والاقتصادى عندهم[١].

وإذا كانت الدعامة الأساسية التى أكدت الشريعة الإسلامية على إقامتها هى فكرة المساواة كقاعدة أصيلة ترتكز عليها غالبية قواعدها، إلا أنها لم تصدر حكماً قاطعاً وصريحاً بإلغاء نظام الرق وتحريمه، وكان ذلك - فى رأي الفقهاء - لهدفين أحدهما سياسى والآخر اقتصادى. فعادة الاسترقاق كانت متمكنة من نفوس العرب لدرجة يصعب معها إلغاؤها دفعة واحدة، إذ لو ألغى الإسلام هذا النظام القائم لهاجت خواطر العرب ورغبوا عن الدين الجديد، وذلك ليس من حسن السياسة فى شئ. أما عن السبب الإقتصادى فيرجع إلى أن نظام الرق كان معروفاً لدى جميع الشعوب وكان الرقيق يمثلون عنصراً رئيسياً من عناصر الإنتاج ، حيث قامت الزراعة والصناعة والتجارة على أكتافهم، وكان العرب قليلى العدد يعتمدون على الأرقاء فى حياتهم المدنية، فلو ألغى الإسلام نظام الرق لأدى ذ لك إلى انهيار نظام العرب الإقتصادى. لذلك دعت المصلحة السياسية والإقتصادية إلى الإبقاء على نظام الرق[٢].

بيد أن عدم النص على تحريم الرق لا يعنى أن الإسلام قد ارتضى هذا النظام، ولكنه أراد الوصول إلى القضاء عليه تدريجياً وذلك بالكشف عن هذه الرغبة فى مواضع عديدة: فقد حصر الإسلام مصادر الرق فى مصدرين لا ثالث لهما، المصدر الأول هو الرقيق الموجود فعلاً وقت ظهور الإسلام وأبناؤهم، والمصدر الثانى هو الرق الناتج عن الحرب وقد قرر الشارع الإسلامى أن هذا الرق لا يكون إلا بناء على جهاد مشروع أى

---

(١) دكتور/ فايز محمد حسين: أصول النظم القانونية «مع دراسة فى مصادر الالتزام فى القانون الرومانى»، ص١٦١ .

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٢٢٨

حرب للدفاع عن البلاد والدعوة الإسلامية ويكون العدو غير مسلم وتنتهى الحرب بانتصار المسلمين فلا يجوز استرقاق المسلم عن طريق القتال بأى حال من الأحوال ولا يجوز الأسر إذا لم تكن الغلبة للمسلمين وأن يكون ذلك بعد قتال شديد(١). كذلك وضع الإسلام منهجاً للقضاء على الرق الناتج عن هذين المصدرين من خلال: أولاً: العتق، حيث جعل الإسلام عتق الرّقيق صورة من مصور الكفارات التى فرضها الله للتخلص من الذنوب(٢)، كما رغب كثيراً فى تحرير الرقاب كوسيلة لتعبير الإنسان عن شكره لربه على ما أصابه من نعمة(٣)، كما منع الرسول ﷺ استمرار استرقاق الأمة التى تلد ولداً لسيدها حيث لا يجوز له التصرف فيها بعد الولادة كما أنها بموت سيدها تصبح حرة، كذلك جعل الإسلام العمل على إعتاق الرقيق واجباً عاماً يقع على الدولة الإسلامية عن طريق تخصيص سهماً من حصيلة الزكاة لتحرير الرقيق(٤).

---

(١) قال تعالى: «حتى إذا أثخنتموهم فشدوا الوثاق فإما مناً بعد وإما فداء حتى تضع الحرب أوزارها».

(٢) منها كفارة القتل الخطأ، قال تعالى فى سورة النساء آية رقم (٩٢): «ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة..». وكفارة الظهار، قال تعالى في سورة المجادلة آية رقم (٣): «والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا». وكفارة اليمين، قال تعالى فى سورة المائدة آية رقم (٨٩): «فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة».

(٣) قال تعالى فى سورة البلد الآيات أرقام (١١-١٣) : «فلا اقتحم العقبة، وما أدراك ما العقبة، فك رقبة».

(٤) قال تعالى فى سورة التوبة آية رقم (٦٠): «إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفى الرقاب والغارمين وفى سبيل الله وابن السبيل، فريضة من الله، والله عليم حكيم».

ثانياً : أعطى الإسلام لولى الأمر أحد خيارين بالنسبة للرق الناتج عن الحرب، إما أن يطلق سراح الأسير دون مقابل، وإما أن يطلق سراحه مقابل فدية، والفدية المقدمة قد تكون فى صورة نقدية كما قد تكون فى صورة عمل يقوم به الأسير لحساب المسلمين(١).

رابعاً: نظام العقود والمعاملات:

مارس العرب قبل الإسلام التجارة وعرفوا الكثير من صور المعاملات والعقود كالبيع والإيجار والشركة والسلم والمضاربة، ووجدت القواعد العرفية التى تنظم أحكام تلك الصور من العقود(٢). وقد كان البيع يتم عن طريق المقايضة، أى مبادلة سلعة بأخرى مساوية لها فى القيمة، وأحياناً بثمن من نقود مستعارة من فارس والروم إذ لم يكن للعرب نقود خاصة بهم.

أما المداينات فقد كانت تعتمد عند العرب اعتماداً كبيراً على الربا، وهو الزيادة فى مقابل تأجيل الدين لمن عجز عن الوفاء(٣).

---

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تكوين الشرائع، ص ١٠٣ ومابعدها .

(٢) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص١٧٥ .

وقد عرف الفقهاء الشرعيون عقد السلم بأنه بيع شئ آجل بثمن عاجل ، أى يبيع شئ غير موجود وقت العقد بثمن موجود يوفى به وقت العقد.

أما المضاربة فهى نوع من الشركة وصورتها أن يتفق اثنان على أن يقوم أحدهما بتسليم الثانى مالاً يتجر به ويكون لهذا الثانى جزء مسمى من الربح الناتج من الإتجار بالمال.

(٣) دكتور/ مصطفى صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٣٥ .

ولقد تعرض الإسلام لنظم المعاملات والعقود، ولكنه اقتصر على بيان القواعد الكلية والعامة تاركاً التفصيلات لاجتهاد الفقهاء، وذلك لارتباط العقود بتطور النظم السائدة فى المجتمع[١]. ولم يكن الإسلام هادماً لكل أنواع المعاملات عند العرب، فقد أبقى على الكثير منها لأنها كانت جديرة بالإبقاء، فأقر كثيراً من أنواع البيوع لضرورتها للحياة العملية ولاتفاقها مع مبادئه (مثل عقد الشركة والسلم والإجارة والمضاربة)، إلا أنه قد حرم كثيراً من أنواع البيوع التى تؤدى إلى غرر أو منازعات (مثل بيع الملامسة والمنابذة وإلقاء الحجر)[٢]،كذلك حرم الإسلام الربا تحريماً تاماً. كما أوجد الإسلام قواعد خاصة بالإثبات كالكتابة وشهادة الشهود، وقواعد خاصة بالتأمينات كالرهن[٣].

(١) مثال ذلك القاعدة الخاصة بالوفاء بالالتزامات: «يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» سورة المائدة، «وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً» سورة الإسراء.

(٢) بيع الملامسة يتم بأن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره ولا يتبين ما فيه، أو يبتاعه ليلاً ولايعرف ما فيه. وبيع المنابذة يتم بأن ينبذ أحد الأطراف إلى الآخر ثوبه، وينبذ الآخر إليه ثوبه كذلك على غير تأمل منهما، ويقول كل واحد منهما «هذا بهذا». والبيع بإلقاء الحجر يتم بأن يأتى البائع بقطيع من الماشية أو بعدد من الأثواب أو ما شابه ذلك، ويلقى المشترى بحجر وما أصاب الحجر يكون للمشترى الذى يلتزم بدفع الثمن المتفق عليه.
دكتور/ فتحى المرصفاوى: فلسفة النظم القانونية والاجتماعية، ص١٨٥ .

(٣) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص١٦٩ .
قال تعالى فى سورة البقرة: «يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه... واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان... ولا يأب الشهداء إذا مادعوا، ولا تسأموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها... وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة، فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذى اؤتمن أمانته وليتق الله ربه....».

خامساً: نظام الملكية :

عرف العرب قبل الإسلام نظام الملكية الفردية، وكانت أسباب الملك عند العرب فى العصر الجاهلى تنقسم إلى : أسباب منشئة للملك، مثل الاستيلاء على الأشياء المباحة ووضع اليد عليها وكذلك الاستيلاء على الأشياء الناتجة عن الإغارات والحروب. وهناك أسباب ناقلة للملك مثل البيع والهبة والوصية والميراث[١].

وقد أقر الإسلام الملكية الخاصة، ولكنه نظمها بما يتفق مع مبادئه العادلة. فمن ناحية لم يجز الإسلام الاستيلاء على الأموال المباحة أو التى لا مالك لها، وحرم الغصب والإضرار بأموال الغير أو وضع اليد عليها دون سبب مشروع[٢]. ومن ناحية أخرى وضع الإسلام على حق الملكية بعض القيود التى تضمن تحقيق مصلحة المالك ومصلحة جماعة المسلمين، لذلك نجده يمنع الترف والتبذير والشح واكتناز المال وحبسه عن التداول، كما يمنع التعسف واكتساب الملكية عن طريق الغش والتدليس والاحتكار[٣].

---

(١) دكتور / طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره» ، ص ١٧٧ .

(٢) قال تعالى فى سورة النساء الآية رقم (٢٩): «يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم».

(٣) لذلك نهى الفقه الإسلامى عن كثير من صور التعامل لأن فيها شبهة الاحتكار. مثل بيع الحاضر للبادى وصورته أن يقدم رجل ومعه شئ يريد بيعه ويحتاج إليه الناس فيجئ إليه سمسار فيقول له لا تبع مشيراً إليه بوضع السلعة لديه حتى يبيعها تباعاً بثمن مرتفع، وكذلك تلقى السلع من الركبان وهو مقابلة البضائع خارج البلدة وشرائها بثمن معين أقل من سعرها ثم يبيعها بسعر أعلى كثيراً، وبيع البخس وصورته أن يتواطأ صاحب السلعة مع مزايد صورى يدفعه للمزايدة فى السلعة حتى يرتفع ثمنها فيبيعها بثمن مرتفع.

كما نهى عن الإضرار بالغير عند استعمال المالك لملكه أو التصرف في ملكه تصرفاً فيه إضرار بالغير. كذلك كره الإسلام أن يكون المال دولة بين الأغنياء، فقرر نظام الزكاة ونظام الفئ وهو خمس الغنائم وذلك لتذويب الفوارق بين الطبقات(١).

سادساً: نظام التقاضي:

لم يكن لعرب الجاهلية قضاء منظم، بل كانوا يعيشون في ظل نظام التحكيم الاختياري، فإذا ثار بينهم نزاع كانوا يلجأون إلى اختيار محكمين للفصل في هذا النزاع، ولكن لم يكن هؤلاء المحكمين ملزمين بالفصل في النزاع المطروح عليهم ولم يكن الخصم مجبراً على قبول التحكيم إذا طلبه خصمه، وحتى لو حدث وقبل الخصوم الالتجاء إلى التحكيم ورضى المحكمون بالفصل في النزاع الذى طرح عليهم فإن الأحكام التى يصدرونها لم تكن لها قوة إلزامية بالنسبة للمتخاصمين، فهم بالخيار بين قبولها أو رفضها، وفى الحالة الأخيرة كانوا يلجأون للقوة لفض ما بينهم من خلافات. وكانوا عادة يختارون المحكمين من بين رؤساء القبائل أو رجال الدين أو الأشخاص الذين عرفوا بسداد الرأى والحكمة، وكان المحكمون يطبقون التقاليد والعادات التى جرت عليها القبائل أو آرائهم ومعتقداتهم الشخصية(٢).

---

(١) دكتور / طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص١٧٧ .

(٢) انظر فى تفصيلات موضوع التحكيم عند العرب قبل الإسلام، دكتور/ عبد الكريم محمد عبد الكريم نصير: التحكيم عند العرب كوسيلة لفض المنازعات بين الأفراد «دراسة تاريخية مقارنة»، رسالة دكتوراه مقدمه إلى كلية الحقوق بجامعة طنطا عام ١٩٩٦، ص٢٤-١١٢ .

فكان القضاء إذاً غير محدد وغير منظم(١)، لا من حيث السلطة التى تتولاه، ولا من حيث القانون الواجب التطبيق، ولا من حيث إجراءات التقاضى(٢)، ولا من حيث السلطة التى تنفذ الأحكام القضائية(٣).

وقد نظم الإسلام القضاء سواء من حيث السلطة التى تتولاه، أم من حيث إجراءات التقاضى والقواعد الواجبة الاتباع عند الفصل فى الخصومات، وأخيراً من حيث تنفيذ الأحكام القضائية.

فقد كان القضاء فى عهد الرسول ﷺ جزءاً من الولاية العامة،

---

(١) وجد فى مكه قبل الإسلام نوع من القضاء شبه المنظم نظراً لما بلغته هذه المدينة من حضارة وتقدم، فقد اقتسمت قبائل قريش عدة مناصب منها: الحجابة أى تولى حراسة الكعبة وفتح بابها للحجيج، والرفادة أى تقديم الطعام للحجاج فى موسم الحج، والسقاية أى تقديم الشراب لهم، واللواء أى إعلان الحرب وحمل رايتها، والقضاء للفصل فى الديات والمغارم. دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص١٧٨ .

(٢) من الجدير بالملاحظة فى هذا الصدد اتباع العرب لنظام غريب فى الإثبات بخصوص جريمة القتل وهو نظام «القسامة». ويتلخص هذا النظام فى أن يقسم خمسون فرداً من أهل المنطقة التى وجد فيها القتيل بأنهم لم يقتلوا المجنى عليه ولا يعرفوا قاتله، ويتم اختيار هؤلاء الخمسين فرداً بواسطة أهل المجنى عليه، وتؤدى القسامة فى هذه الحالة إلى التخلص من نتائج العثور على جثة القتيل فى منطقتهم. أما إذا كان هناك متهماً بالقتل مشتبهاً فيه لارتكابه الجريمة، فيكون موضوع القسامة هو قيام هؤلاء الشهود الخمسون بالقسم بأن المتهم هو قاتل المجنى عليه، فتثبت عليه التهمة. دكتور/ فتحى المرصفاوى: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية «تكوين الشرائع وتطورها»، ص٢٢٥ .

(٣) دكتور/ صوفي أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٢٤٣ .

فالحاكم هو الذى يتولى القضاء. ونظراً لعدم اتساع الدولة الإسلامية فى أوائل عهد الرسول ﷺ، فإنه كان يتولى وحدة الولاية، ولذلك اختص وحده بالقضاء بين الناس. ولما زادت فتوحات المسلمين واتسعت رقعة الدولة الإسلامية بعث الرسول ﷺ ببعض الولاة إلى الأقاليم، وكان الوالى يتولى إلى جانب إدارة الأعمال العامة سلطة القضاء باعتبارها جزءاً من الولاية، وكان هؤلاء الولاة يقضون بين الناس أثناء حياة الرسول ﷺ واستمر الحال كذلك فى عهد خلافة «أبى بكر الصديق». وفى عهد الخليفة «عمر بن الخطاب» ازدادت مساحة الأراضى الإسلامية وتعددت الأقاليم واتسع العمران، فأصبح من المتعذر على الوالى أن يقوم بالإدارة العامة للإقليم الذى يتولاه والقضاء فى المنازعات التى تنشب بين الناس، لذلك فصل «عمر» القضاء عن الولاية وعهد به إلى أشخاص غير الولاة وأطلق عليهم للمرة الأولى اسم «القضاة»[1]، وسار الخلفاء من بعد «عمر» على

---

(١) لم يكن فصل القضاء عن الولاية العامة راجعاً إلى أخذ المسلمين بمبدأ الفصل بين السلطات، بل كان راجعاً إلى اعتبارات عملية أملتها الظروف (اتساع رقعة الدولة وتشعب أعمل الولاة)، لذلك كان تعيين القضاة من حق الخليفة نفسه لأن القضاء مازال معتبراً - من الوجهة القانونية - جزءاً من الولاية العامة التى يتولاها الخليفة. فكان من حق الخليفة أو الوالى على إقليم من الأقاليم أن يتولى القضاء بين الناس أو ينيب عنه غيره فى ذلك ويحدد له اختصاصه، لذلك كانت وظيفة القاضى مقصورة - كمبدأ عام- على الفصل فى الخصومات المدنية، أما المسائل الجنائية فكانت متروكة للخلفاء والولاة. وفى بعض الحالات - خاصة منذ القرن الرابع الهجرى - كان يعهد إلى القاضى - علاوة على الفصل فى المسائل المدنية - الفصل فى المسائل ا[illegible] ومراقبة أموال اليتامى والإشراف على الأوقاف. دكتور / صوفى أبو طالب : مبادئ تاريخ القانون، ص٢٤٦ .

هذا النهج وكانوا يتحرون الثقة فى اختيار القضاة[١].

وقد امتاز القضاة فى العهود الأولى وفى العهد العباسى الأول بكونهم من المجتهدين، نظراً لقلة القواعد المدونة، وكان الخلفاء يزودون القضاة عند تعيينهم بكثير من التعليمات والإرشادات ويبينون لهم القواعد العامة الواجبة الاتباع. ولكن فى عصر التقليد كان القضاة يتقيدون بمذهب معين من المذاهب الأربعة، وفى بعض الحالات كان القاضى إذا استشكل عليه الأمر يستشير الخليفة ويطلب رأيه. وفى بادئ الأمر لم يجر القضاة على كتابة أحكامهم، ولكنهم بدأوا يكتبونها منذ العصر الأموى[٢].

وكان القاضى يتولى بنفسه تنفيذ ما يصدره من أحكام، وقلما كان الناس يحتاجون إلى معونة القضاة فى تنفيذ الأحكام لأنهم كانوا ينفذونها من تلقاء أنفسهم[٣].

---

(١) انظر فى تفصيلات ذلك الموضوع :

الأستاذ/ عطية مصطفى مشرفة: القضاء فى الإسلام بوجه عام وفى العهد الإسلامى فى مصر بوجه خاص إلى سنة ٣٥٨هـ، الطبعة الأولى ١٩٣٩ .

مؤلفنا : فلسفة نظم القانون المصرى ، الجزء الثالث، العصر الإسلامى ، الطبعة الأولى ٢٠٠٢ ، ص ١٢٧ - ١٤٦ .

(٢) فى عهد معاوية بن أبى سفيان، قام قاضى مصر بالقضاء فى ميراث بين ورثة تخاصموا إليه ثم تناكروا الحكم الذى كان قد أصدره، فعادوا إليه مرة أخرى فحكم بينهم وقام بتدوين حكمه فى سجل خاص. فكان أول قاض دون أحكامه. الأستاذ/ محمود محمد عرنوس: تاريخ القضاء فى الإسلام، القاهرة ١٩٣٤، ص٢٨ .

(٣) يدل هذا أيضاً على أن الشريعة الإسلامية لم تأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات، فالقاضى هو الذى يصدر الحكم وهو الذى ينفذه، وفى بعض الحالات كان يشرع القاعدة =

سابعاً: نظام التجريم والعقاب:

كان المجتمع العربى قبل الإسلام قائماً على نظرة انتقامية للجريمة والعقوبة، من منظور فكرة الانتقام الفردى وسيادة القضاء الخاص. وكان هذا موجوداً فى كافة الشرائع القديمة، فقد كان للمجنى عليه أن يأخذ حقه غلاباً وبالطريقة التى يرتضيها، حيث لا قانون ينظم هذا الحق.وكانت النتيجة هى سيادة الحروب المستمرة واشتعال لهيبها بين القبائل المختلفة والتى لم يجف فيها الدم سنين عدداً(١). وكان الثأر عند عرب الجاهلية واجباً مقدساً ترتضية الآلهة، وكان اللجوء إلى الثأر هو المسلك الأمثل لدى قوم صهرتهم الصحراء بطباعها الحادة، وألقى النظام القبلى بكل ثقله على وجدانهم السقيم، وبعد ذلك ظهرت الدية ثمناً لشراء حق الانتقام، ثم ظهر القصاص عند العرب وكان يطالب به أهل المجنى عليه وتلتزم به قبيلة الجانى، فإذا لم يصل المتخاصمون إلى حل عادل - سواء بدفع الدية أو القصاص أو الخلع - كان البديل هو الثأر والحرب والانتقام الذى لا يبقي ولا يذر(٢). وهكذا فقد قام نظام العقوبات عند العرب في العصر الجاهلى على أساس الانتقام الشخصى والتضامن العائلى، وكانت العقوبات التى

= القانونية الواجبة التطبيق. يضاف إلى ذلك أن اختصاصه كان مقصوراً على الفصل فى الخصومات المدنية، بينما كان الفصل فى المسائل الجنائية من اختصاص الخلفاء والولاة. دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص١٧٨ ومابعدها .

(١) كانت أتفه الأسباب كافية لقيام الحروب بين القبائل العربية وإبادتها، و[illegible]ك حرب البسوس التى دامت نحو أربعين عاماً بسبب التعدى على ناقة عجوز.

(٢) دكتور/ محمود السقا: تاريخ القانون المصرى «العصر الإسلامى»، طبعة ١٩٩٧، الناشر دار النهضة العربية، ص٨٠ .

يتم توقيعها غير محددة حيث كانت تختلف باختلاف المركز الاجتماعى لكل من المعتدى والمعتدى عليه[١].

وكان على رأس الجرائم التى عرفها عرب الجاهلية جريمة القتل، ويلاحظ أنهم لم يفرقوا بين القتل العمد والقتل غير العمد، وجعلوا العقوبة واحدة فى الحالتين وهى القصاص أو الدية، أى قتل الفاعل أو دفع مبلغ ترتضية لجماعة المجنى عليه. ومن الجدير بالملاحظة فى هذا الصدد أن قبول الدية كان اختيارياً لدى عرب الجاهلية[٢]. كما عرف عرب الجاهلية جريمة الزنا، وكان عقوبته الموت، وعقوبة الإعدام كانت تنفذ على مرتكب الجريمة سواء كان محصناً أو غير محصن، وكان يتم تنفيذ الإعدام فى جريمة الزنا

---

(١) اختلف مقدار العقوبة من حيث الشدة بحسب المركز الاجتماعى للجانى والمجنى عليه، فإن كان القتيل من قبيلة رفيعة الشأن والقاتل من قبيلة ضعيفة طلب ولى دم القتيل دم رجل حر من قبيلة الجانى إن كان القتيل عبداً أو دم اثنين من الأحرار إن كان القتيل حراً ودم رجل إن كان القتيل إمرأة. والأمر كذلك بالنسبة لحالات الاعتداء الأخرى، عضو بعضوين. وفى بعض الحالات كان ولى دم القتيل يتشدد فى قبول مصالحة قبيلة الجانى ويعرض شروطاً تكاد تكون مستحيلة. من ذلك الشروط التى طلبها أب حينما عرضت عليه قبيلة الجانى أن يفرض شروط التعويض والصلح فقال: «أريد واحدة من ثلاث: إما رد الحياة إلى إبنى، وإما أن تملأوا بيتى نجوماً، وإما أن تقدموا رجال قبيلتكم جميعاً لأقتلهم، ومع كلٍ فلا شئ من هذه الثلاث يكفى أن يعوضنى خسارة ابنى».

وكان مقدار الدية أيضاً يختلف باختلاف مركز الجانى والمجنى عليه وباختلاف عادات القبائل، فكانت دية الأمير ألف بعير، وكانت الدية العادية فى قريش مائة من الأبل.

دكتور/ صوفي أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص١٦٩ .

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تكوين الشرائع، ص١١٣ .

فى أغلب الأحوال بالرجم بالحجارة حتى الموت وفى أحيان أخرى كان يلقى بالمحكوم عليه من فوق ربوه عالية ليموت[(١)]. كما عرف عرب الجاهلية جريمة السرقة، وكانت عقوبتها قطع يد السارق، أى استئصال العضو الذى ارتكب الجريمة وهو اليد[(٢)].

وكان للدين الإسلامى أكبر الأثر فى تطوير نظام التجريم والعقاب لدى العرب، فنظام التجريم والعقاب لدى أى مجتمع يقوم بدور الحارس للقيم التى يحرص المجتمع على ترسيخها، فالمشرع لا يقدر العقوبة إلا من أجل حماية قيمة معينة يرى أنها جديرة بالحماية، لأن العقوبة تصيب من يحاول النيل من هذه القيم أو الاعتداء عليها، ومن هنا كان منطقياً أن تختلف العقوبات وتتفاوت بين المجتمعات حسب فلسفة النظام فى كل منها ومدى نظرتها للقيم السائدة فيها[(٣)]. ومن هذا المنطلق فقد وضعت

---

(١) دكتور / عادل بسيونى: نشأة النظم القانونية والاجتماعية وتطورها، ص١٨٢ .

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٢٣٣ .

(٣) دكتور/ عادل بسيونى: الوسيط فى تاريخ القانون المصرى، طبعة ١٩٩٧، الناشر دار نهضة الشرق، ص٤٥٤ .

وقد قامت فلسفة العقوبة فى التشريع الإسلامى على عدة أسس:

أ- العمل على منع الناس عن الجريمة قبل ارتكابها، فإذا ما وقعت الجريمة كانت العقوبة بمثابة تأديب للجانى وزجر لغيره عن إتيان مثلها. ولذلك قيل بحق: «إن العقوبات موانع وزواجر»، أى موانع قبل وقوع الفعل، وزواجر بعد وقوعه. بمعنى أن العلم بها يمنع الإقدام على الجريمة وإيقاعها بعده يمنع العود إليها.

ب- أن تكون العقوبة مناسبة للجريمة حسب تدرج المعاصى وشدة الضرر وحدته أو خفته وقلته.

=

الشريعة الإسلامية مبادئ عامة تشكل النظرية العامة للقانون الجنائى الإسلامى ، كما حددت الأفعال المجرمة وعقابها.

فمن حيث الأحكام العامة للمسئولية الجنائية فى الشريعة الإسلامية، نجد مبدأ شخصية العقوبة الذى يقضى بحصر المسئولية فى شخص الجانى(١)، وكذلك مبدأ المساواة بين الأفراد أمام العقوبة بغض النظر عن مكانتهم الاجتماعية(٢)، وكذلك أرسى الإسلام مبدأ أساسياً وهو تفسير الشك لصالح المتهم(٣).

ومن حيث تحديد الأفعال المجرمة وعقابها، فرق الشارع الإسلامى بين أربعة أنواع من الجرائم(٤): أولاً: الحدود: وهى جرائم معينة حددها

= ج- أن يكون الهدف الأمثل إصلاح الجماعة تأديباً وتهذيباً.

دكتور / محمود السقا: تاريخ القانون المصرى «العصر الإسلامى» ، ص٨٥ .

(١) تقرر هذا المبدأ بالآية القرآنية «ولا تزر وازرة وزر أخرى»، سورة الأنعام، الآية رقم (١٦٤).

(٢) أرسى الرسول ﷺ هذا المبدأ حينما جاء أحد الصحابة ليشفع فى إعفاء شريفة اقترفت جريمة سرقة (المرأة المخزومية)، فقال: «إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها».

(٣) أساس هذا المبدأ حديث الرسول ﷺ «إدرأوا الحدود بالشبهات». ومن تطبيقات هذا المبدأ تفضيل الخطأ فى العفو، فقد قال الرسول ﷺ «إن للإمام أن يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة».

(٤) انظر فى تفصيلات ذلك الموضوع، مؤلفنا: فلسفة نظم القانون المصرى، الجزء الثالث، العصر الإسلامى، ص١٦٤ - ١٧٥ .

الكتـاب والسنة وشـرعت لها عـقـوبات محـددة على نحـو لا يجـوز معـه استـبدالها بغـيرها أو التخـفيف منها، وهى الزنـا وعقوبتـه الجلد مائة جلدة للزانى غـيـر المحصن والـرجم بالحجـارة حـتى الموت للزانى المحـصن(١)، القذف بالزنا وعقوبته الجلد ثمانون جلدة مع عدم قبول شهادة مرتكب هذه الجـريمة أبداً(٢)، شرب الخـمر وعقوبتـه الجلد ثمانون جلدة(٣)، السـرقـة

(١) تقررت تلك العقوبة بقوله تعالى فى سورة النور: «الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة،ولاتأخذكم بهما رأفة فى دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر، وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين». وخصصت السنة هذه العقوبة بالزانى غير المحصن. أما الرجم فهذه العقوبة لم يرد بها نص فى القرآن، بل قررتها السنة القولية والفعلية، وهى تقع على الزانى المحصن، فإن كان أحد الزانيين محصناً والآخر غير محصن، طبقت عقوبة الرجم بالنسبة للمحصن وعقوبة الجلد بالنسبة لغير المحصن.

(٢) تقررت تلك العقوبة بقوله تعالى فى سورة النور : «والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون».

(٣) لم يحدد القرآن الكريم عقوبة توقع على شارب الخمر، بل نص فقط على تحريم شرب الخمر، ولكن السنة جعلت شرب الخمر جريمة معاقباً عليها لقول الرسول ﷺ : «من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه»، كما حددت السنة حداً أقصى لهذه العقوبة حيث يرون أن الرسول ﷺ لم يزد عن أربعين جلدة، وفى عهد الخليفة «عمر بن الخطاب» أصبحت عقوبة شارب الخمر فى حدها الأقصى - أربعون جلده - غير رادعة، مما دعا الخليفة «عمر بن الخطاب» إلى مشاورة عدد من الصحابة فأفتاه «على بن أبى طالب» بأن يوقع على شارب الخمر عقوبة القذف وهى ثمانون جلدة، «على أساس أن الرجل إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى»، ولهذا أوجب عليه حد المفترى وهو القاذف.

وعقوبتـها قطع يد السارق[١]، الحرابة وعقوبتـها القتل أو القتل مع الصلب أو قطع الأيدى والأرجل من خلاف أو النفى[٢]، الردة وعقوبتها القتل[٣]، البغى وهى جـريمة سياسيـة لا يرتكبها فرد بمفـرده وإنما ترتكبها جمـاعة بأن تنشق على ولى الأمـر الذى يلتزم بأحكـام الشريعـة الإسلامـية وعـقوبتـها القـتل[٤]. ثانياً: القصاص: ويقصد به المسـاواة بين الجريمة وعقوبتها بإنزال أذى بالجـانى يعـادل نفس الأذى الذى ألحـقه بالمجنـى عليه، وتجب عـقـوبة

(١) يشترط لتطبـيق عقوبة السرقة أن يكون الشئ المسـروق مالاً وأن يكون فى حرز وأن يبلغ النصاب المحدد (قـدره عشرة دراهم عند الحنفية)، فإن لم تتـحقق هذه الشروط لا تطبق عقوبة السرقة وهى القطع، بل تطبق عقوبة تعزيرية.

(٢) تقـررت تلك العـقـوبة بقـوله تعـالى فى سـورة المائدة: «إنما جـزاء الذين يحـاربون الله ورسوله ويسعـون فى الأرض فساداً أن يقتلوا أو يـصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفـوا من الأرض، ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخـرة عذاب عظيم، إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعملوا أن الله غفور رحيم».

(٣) قال تعالى فى سورة البقرة، الآية رقم (٢١٧): «من يرتد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم فى الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون».

وقال الرسول صلى صلى الله وسلم: «من بدل دينه فاقتلوه».

(٤) قـال تعـالى فى سـورة الحـجـرات، الآية رقم (٩): وإن طائـفـتان مـن المؤمنين اقـتـتلوا فأصلحوا بينهـما فإن بغت إحداهمـا على الأخرى فقاتلوا التى تبغـى حتى تفئ إلى أمر الله».

ويرى الأسـتاذ الـدكتـور/ على راشـد، أن هذه الجـريمة وعقـوبتـهـا لا تدخل فى نطاق الحدود، حيث يغلب عليـها الصفة السيـاسية وليست الصفـة الدينية مناط الحدود . انظر مؤلف سيادته: القانون الجنائى «المدخل وأصول النظرية»،طبعة ١٩٧٤، ص٦٧ .

القصاص فى جريمة القتل العمد وجرائم الاعتداء على ما دون النفس العمدية كالجرح والقطع وما شابهه(١)، ولاتجب فى الجرائم غير العمدية إذ تجب فيها الدية، ويشترط لتطبيق عقوبة القصاص إمكان المماثلة بين الفعلين، فإذا تعذر التماثل بين الفعلين مثل الجرح والضرب حكم على الفاعل بتعويض يقدره القاضى. ثالثاً: الدية: وهى العقوبة الأصلية المقررة للجرائم غير العمدية التى تحدث عن طريق الخطأ، والجرائم شبه العمدية وهى الجرائم التى ترتكب بآلة قاتلة دون أن يتوافر فيها العمد وكذلك عند

---

(١) قال تعالى فى سورة البقرة الآيتان رقمى (١٧٨،١٧٩): «يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى، فمن عفى له من أخيه شئ فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان، ذلك تخفيف من ربكم ورحمة، فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم. ولكم فى القصاص حياة يا أولى الألباب لعلكم تتقون». وقال تعالى فى سورة المائدة، الآية رقم (٤٥): «وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص، فمن تصدق به فهو كفارة له، ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون». وقال الرسول ﷺ: «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين، إما أن يفتدى وإما أن يقتل». وكذلك قال الرسول ﷺ : «من أصيب بدم أو خبل - أى الجرح وقطع الأعضاء - فهو بالخيار بين إحدى ثلاث، إما أن يقتص وإما أن يأخذ الدية وإما أن يعفو، فإن أراد الرابعة فخذوا على يديه».

ولما كان القصاص عقوبة يجتمع فيها حق الله وحق العبد معاً ولكن حق العبد هو الغالب، فإنه لا يجوز للقاضى أن يحكم بالقصاص من تلقاء نفسه، وإنما لابد وأن يطالب به المجنى عليه أو أهله. كما أنه من حق أهل المجنى عليه أو أوليائه العفو عن الجانى، ومن ثم تسقط العقوبة بهذا العفو. دكتور/ محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى «فترة تطبيق الشريعة الإسلامية»، طبعة ١٩٩٨، الناشر دار النهضة العربية، ص١٨٥ .

سقوط القصاص كما فى جناية الصبى والمجنون أو إذا عفى ولدى الدم[١]، وهى تتمثل فى مبلغ من المال يلتزم بدفعه الجانى أو عاقلته إلى المجنى عليه أو ورثته[٢]، وإذا عفى المجنى عليه أو ورثته عنها جاز تعزير الجانى بعقوبة تعزيرية ملائمة. رابعاً : التعزير: تتميز الجرائم التعزيرية بأنها غير محددة لا من حيث الفعل الذى يعاقب عليه ولا من حيث العقوبة واجبة التطبيق، فالجريمة والعقوبة موكول تقديرهما لولى الأمر أو القاضى وهو أمر يختلف باختلاف الزمان والمكان، والتعزير يكون فى حالة ارتكاب جريمة ليس لها حد مقرر شرعاً[٣]، كما يكون التعزيز فى مجال الحدود

---

(١) دكتور/ عادل بسيونى: الوسيط فى تاريخ القانون المصرى، ص٤٦٥ .

(٢) قال تعالى فى سورة النساء، الآية رقم (٩٢): «وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ، ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا».

ويلاحظ هنا أن التزام عاقلة الجانى – قبيلته – بدفع الدية إلى المجنى عليه أو ورثته، يعتبر الاستثناء الوحيد من مبدأ شخصية العقوبة. دكتور/ صوفي أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٢٤١ .

ويلاحظ أيضاً أن الدية تأخذ معنى التعويض والعقوبة فى وقت واحد، إذ أنها تعويض للمجنى عليه أوورثته لأن المجنى عليه هو الذى يحصل على المال أو ورثته فى حال وفاته، وعقوبة لأنها مقررة كجزاء لجرائم معينة. دكتور/ محمد جمال عطية عيسى: تاريخ القانون المصرى بعد الفتح الإسلامى، ص١٨٦ .

(٣) من أمثلة ذلك، خيانة الأمانة، السب، الرشوة. دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٢٤٠ .

والقصاص حينما يستحيل إقامة الحد أو القصاص لعدم توافر الشروط اللازمة لذلك[١]. والعقوبة التعزيرية يتولى ولى الأمر أو القاضى تقديرها وفقاً لما يراه محققاً لمصلحة المجتمع ومناسباً لحالة الجانى وظروفه ومدى تأثره بالعقوبة[٢]، وقد عرف التاريخ الإسلامى أنواعاً عديدة للعقوبات التعزيرية منها اللوم والتشهير والحبس والجلد والنفى والغرامة والقتل.

---

(١) كما فى حالة عدم توافر أربعة شهود فى جريمة الزنا، أو وجود شبهة تدرأ الحد، أو فى حالة عفو المجنى عليه أو أولياء الدم عن القصاص أو الدية. دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص١٨٢ .

(٢) هذه السلطة ليست فى الواقع مطلقة، وإنما هى مقيدة بقيود ثلاثة:

أ- أن يكون الباعث على تقرير العقوبة هو حماية المصالح الإسلامية المقررة الثابتة، لا حماية الأهواء والشهوات باسم حماية المصالح.

ب- أن تكون العقوبة ناجعة فى القضاء على الفساد، وألا يترتب عليها فساد أشد وأفتك، واستهانة لمعنى الآدمية والكرامة الإنسانية.

ج- أن يكون هناك تناسب بين الجريمة والعقوبة وألا يكون ثمة إسراف فى العقاب أو إهمال واستهانة . الشيخ/ محمد أبو زهرة: الجريمة والعقوبة فى الفقه الإسلامى، ص٦٣ .

وهذه القيود كلها تدور حول محور وحيد وهو أن يكون تقرير ولى الأمر أو القاضى للجرائم التعزيرية وعقوباتها متفقاً مع روح التشريع الإسلامى ومبادئه العامة.

المطلب الثالث

أثر الدين فى تطور القانون الحديث

بدأ الفصل بين الدين والقانون - فى الدول الغربية - منذ أواخر القرن الثامن عشر، وبالذات منذ قيام الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ والتى تلاها إعلان حقوق المواطن عام ١٧٩١، وبدأ اتجاه علمانى يحاول المناداة بأن العلاقة بالله خاصة بكل فرد على حدة يحاسب عليها يوم الدين، أما العلاقات فى المجتمع الدنيوى فإن الحساب عليها يكون على الأرض بقوانين منبتة الصلة عن الدين(١). ومازال التباعد بين الدين والقانون قائماً فى الدول الغربية حتى الآن.

كما أنه لا مجال للحديث عن دور الدين فى تطور القانون فى الدول الشيوعية، حيث ترى تلك الدول أن الدين أفيون الشعوب الذى يجب

---

(١) بدأ هذا الاتجاه الجديد واضحاً فى القوانين الفرنسية الصادرة فى أعقاب الثورة الفرنسية، القانون الجنائى عام ١٧٩١، ثم القانون المدنى عام ١٨٠٤، ثم القانون الجنائى مرة أخرى عام ١٨١٠ . فالجرائم الدينية التى كانت على رأس الجرائم طوال العصور الوسطى وحتى سقوط الملكية فى فرنسا لم يعد لها مكان فى القانون الجنائى بعد الثورة، مثال ذلك جريمة الزنا التى كانت عقوبتها الإعدام حرقاً انقلبت إلى مجرد جنحة فى قوانين الثورة الفرنسية بل إن العقوبة التى تطبق على الزانى أخذت فى التناقص التدريجى إلى أن أصبحت فعلاً غير معاقب عليه جنائياً وإنما مجرد سبب من أسباب الطلاق يقدم للمحكمة عند اللزوم.

كما أباح القانون الإيطالى اللجوء إلى المحكمة لطلب الطلاق بعد أن كان ذلك غير ممكن، وذلك رغم معارضة الكنيسة الكاثوليكية ورغم الثقل الكبير الذى مازالت تمثله الكنيسة فى إيطاليا لوجود المقر البابوى بمدينة روما.

دكتور/ فتحى المرصفاوى: تكوين الشرائع، ص١٥١ .

محاربته أو على الأقل التغاضى عنه وعدم اللجوء إلى مبادئه[(١)].

ورغم أن الشرق قد اشتهر بتمسكه التقليدى بأهداب الدين متى قورن بالغرب إلا أن التمسك بالدين الإسلامى فى مجال القانون قد انكمش إلى حد بعيد فى وقت مقارب كثيراً للوقت الذى تم فيه الفصل بين الدين والقانون فى أوربا، ولم يعد للشريعة الإسلامية مجال للتطبيق إلا فى مسائل الأحوال الشخصية والمواريث[(٢)]. وبعد استقلال الدول العربية قام

---

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية «تكوين الشرائع وتطورها»، ص٢٥٣ .

(٢) كانت البلاد العربية ولايات خاضعة للدولة العثمانية الإسلامية، وكانت الشريعة الإسلامية هى القانون الواجب التطبيق حتى منتصف القرن التاسع عشر، إذ أن ضعف الدولة العثمانية التدريجى، والذى صاحبته زيادة مضطردة فى النفوذ الأجنبى فى أنحاء الدولة العثمانية ومن بينها مصر، وانتهاز تلك الدول الأجنبية للوضع وتحريكها لمشاكل الأقليات الدينية، كل هذا حدا ببعض المفكرين العثمانيين المثقفين بثقافة أوربية إلى البحث عن حل للمشاكل الداخلية عن طريق اقتباس النظم الأوربية وخاصة الفرنسية. فأصدر السلطان عبد الحميد عام ١٨٣٩ «خط كولخانة» والذى ذكر فيه اتجاه النية إلى إصلاح إدارة البلاد والقضاء عن طريق قوانين تنظيمية، ثم يؤكد نفس السلطان على ذات المعنى والاتجاه عام ١٨٥٦ فى «الخط الهمايونى»، واستناداً إلى هاتين الوثيقتين الخطيرتين نجد الدولة العثمانية تصدر عدة قوانين منقولة عن القانون الفرنسى (قانون التجارة عام ١٨٥٠، قانون الأراضى عام ١٨٥٨، قانون الجزاء عام ١٨٥٨، قانون التجارة البحرية عام ١٨٦٣، قانون أصول المحاكمات التجارية عام ١٨٦١، أصول المحاكمات الجزائية عام ١٨٧٩).

وقد كان من الضرورى أن ينعكس ذلك الوضع على مصر بالذات لسببين : الأول: تعاظم النفوذ الأجنبى فيها وتمتع الأجانب بامتيازات قضائية، والثانى: وقوع مصر تحت الاحتلال البريطانى عام ١٨٨٢، وهكذا نجد صدور القوانين المختلطة الستة =

المشرعون الوطنيون بالإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية مصدر من المصادر التى تستند إليها القوانين، إلا أن التقنيات التى أصدرتها مازالت تعتمد بصفة أساسية على القوانين الأجنبية. إلا أن بعض الدول العربية بدأت تنحو نحو تطبيق الشريعة الإسلامية من جديد، وأعلنت ذلك فى دساتيرها المختلفة، حيث نص الدستور المصرى الصادر عام ١٩٧١ المعدل فى ٢٢ / ٨ / ١٩٨٠ على أن «مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع». وهذا النص الدستورى يعد دعوة للمشرع بضرورة استلهام

= عام ١٨٧٥، منقولة عن القوانين الفرنسية، ووضعها محام فرنسى كان مقيماً فى مصر ويدعى «مانورى» وهى القانون المدنى والتجارى والبحرى والجنائى والمرافعات والإجراءات الجنائية. وفي عام ١٨٨٣ صدرت القوانين الأهلية الستة المقابلة للقوانين المختلطة لتطبق على المصريين، وهى منقولة عن القوانين المختلطة، وقد قامت بعملية النقل لجنة مشكلة برئاسة «حسين فخرى» وعضوية الإيطالى «موريوندو» والإنجليزى «لو» وكانا قاضيين بالمحاكم المختلطة، و«بطرس غالى» وكيل وزارة العدل.

وكان الوضع لا يقل غرابة فى بقية البلاد العربية، فشمال أفريقية وتونس والجزائر والمغرب وقعت تحت السيطرة الفرنسية فى القرن التاسع عشر، وتلتها سوريا ولبنان فى القرن العشرين، وقد طبق فيها جميعاً القانون الفرنسى باللغة الفرنسية، وليبيا احتلتها إيطاليا فى بداية القرن العشرين وطبقت فيها القانون الإيطالى باللغة الإيطالية، بل لقد طبق القانون الأسبانى على أجزاء من المغرب كانت خاضعة للإحتلال الأسبانى. أما القانون الإنجليزى فقد طبق في الأماكن التي كانت السيادة فيها فعلاً للإنجليز - عدا مصر - ففى فلسطين والسودان وعدن وبعض الإمارات العربية طبق القانون الإنجليزى، والغريب أن ذلك القانون يقوم على فكرة السوابق القضائية - الإنجليزية بالقطع - وكان التقاضى فى تلك البلاد يتم تبعاً لذلك باللغة الإنجليزية.

دكتور / فتحى المرصفاوى : تكوين الشرائع، ص١٥١ - ١٥٤ .

مبادئ الشريعة الإسلامية كلما هم بسن تشريع[١].

المبحث الثاني
أثر الإقتصاد فى تطور القانون

لقد ظهر الإقتصاد كأهم عامل من عوامل تطور القانون اعتباراً من النصف الثانى من القرن التاسع عشر، بيد أن ذلك لا يعنى أن الإقتصاد لم يكن معروفاً قبل ذلك التاريخ كعامل من عوامل تطور القانون، إذ أن هذه الحقيقة قد عرفت منذ أقدم العصور[٢]. فالنظم القانونية كانت ترتبط فى رحلة تطورها الطويلة بالظروف الإقتصادية السائدة فى المجتمع، والدليل على ذلك انتقال الجماعات البشرية من حالة إلى أخرى فى حياتها الإقتصادية كان يصاحبه دائماً تطور فى النظم القانونية، مما يؤكد أن الظروف الإقتصادية تعد من العوامل الهامة التى ساعدت على تطور القانون وبلورة أحكامه ومبادئه[٣]. وإذا كان فقهاء القانون قد أجمعوا على

(١) دكتور/ فايز محمد حسين: نشأة القانون «مدخل فلسفى وتاريخى لدراسة فكرة القانون»، ص٢١٥ .

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى : تكوين الشرائع ، ص٤٦ .

(٣) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٤٦ .

«لا ينكر أحد الصلة الوثيقة بين الإقتصاد والقانون، فكلاهما فرع من العلوم الاجتماعية، يبحث الأول منهما فى (المشكلات الناشئة عن إشباع الحاجات الإنسانية المتعددة بموارد محدودة)، ويختص الثانى بوضع القواعد التى تنظم العلاقات بين الناس فى المجتمع . ولكن ثار خلاف كبير بين الباحثين حول معرفة أى من هذين العلمين يتقدم الآخر ويؤثر فيه. =

= النظرية المادية: ينكر أنصار النظرية المادية (ماركس) على القانون صفته كحقيقة اجتماعية لها كيانها الخاص بها، فهو لا يعدو أن يكون المظهر الخارجي للروابط الناشئة بين قوى الإنتاج المختلفة. ومجموعة الروابط الناشئة بين قوى الإنتاج تكون المجتمع، فالإقتصاد والمجتمع يكونان إذاً شيئاً واحداً. وعلى ذلك فكل التغيرات التي تطرأ على المجتمع لا يمكن ردها إلا إلى شئ واحد هو الإقتصاد . فالنظم القانونية والاجتماعية والتنظيم السياسي للمجتمع (الدولة) وأخلاق الشعوب وحتى دياناتها وأفكارها تخضع كلها للظواهر الإقتصادية. فالمجتمع لا يتأثر إذاً إلا بعامل واحد هو الإقتصاد.

نظرية القانون الطبيعي: يذهب الفريق الثاني من الباحثين إلى نقيض ما ذهب إليه الرأي الأول، وهذا الفريق يتكون من أنصار فكرة القانون الطبيعي الذين ينكرون تأثر القانون بالظواهر الإقتصادية. فالقانون - عندهم - كامن في طبيعة الأشياء وثابت بثبات تلك الطبيعة، ويقتصر دور الإنسان على الكشف عنه. فالقانون إذا لا يتغير بتغير الزمان والمكان لأنه عبارة عن مجموعة من المثل العليا، وهي ثابتة بطبيعتها. فالإقتصاد إذاً لا يؤثر في تطور القانون.

• Gurvitch: Eléments de sociologie juridique, Paris 1940, p. 253 - 255 .

تقدير النظريتين: الواقع أن كلا النظريتين قد غالتا فيما ذهبتا إليه. فلا يمكن القول بأن الإقتصاد هو كل شئ في المجتمع بحيث نجعل منه العامل الأوحد في حياة الجماعات البشرية، فقد سبق أن رأينا مقدار التطور الذي أصاب المجتمع ومن ثم القانون تحت تأثير الدين. يضاف إلى ذلك أن القانون وإن كان يحتوي على بعض العناصر الإقتصادية في بعض الأحيان (مثل نظام الملكية ونظام المقايضة..إلخ)، إلا أن هناك كثيراً من النظم القانونية لا تحوي جانباً إقتصادياً (مثل الحريات العامة وحق الاقتراع وحرية العقيدة..الخ). وذلك يؤكد القول بأن القانون منفصل عن الإقتصاد ومستقل عنه وإن كان هناك أثر متبادل بينهما.

=

= ولا نستطيع من جهة أخرى أن ننظر إلى القانون باعتباره مجموعة من المثل العليا الكامنة فى طبيعة الأشياء والثابتة رغم تغير الظروف. فالقانون وليد المجتمع وربيبه، وما وجد إلاليحكمه، فإن تطور ذلك المجتمع وجب أن يتطور القانون حتى يتلائم معه. والإقتصاد من بين العوامل التى تؤثر فى تطور المجتمع فهناك أثر متبادل بين القانون والإقتصاد. غاية الأمر أن الوقائع الإقتصادية قد تسبق القانون فى تطورها، وفى هذه الحالة تعتبر عاملاً من عوامل تطوره. وقد يسبق القانون فى تطوره الوقائع الإقتصادية وبذلك يؤثر فيها ويخضعها لمشيئته. ويلاحظ من جهة أخرى أن القانون – فى المجتمعات التى تأخذ بالنظام الاشتراكى – يتأثر لدرجة كبيرة بالظواهر الإقتصادية، فهو يضع الإطار القانونى للروابط الناشئة بين قوى الإنتاج المختلفة . ويستعمل في نفس الوقت، كأداة لتحقيق التحول الاشتراكى. لذلك فإن الوقائع الإقتصادية تسبق القانون فى تطورها وتخضعه لها. ومن أمثلة الفرض الأول ما هو ملاحظ حالياً في المجتمعات الحديثة، حيث يتأثر القانون بالظروف الإقتصادية المحيطة بالمجتمع، فالمشرع فى تلك المجتمعات (عليه أن يراعى وقائع الحياة الإقتصادية، فهو يستوحى تلك الوقائع ويسير على هديها، أو قل إن المشرع حبيس الحقائق الإقتصادية إلى حد كبير)، فإن لم يفعل المشرع ذلك (كان مثله كمن يخط بأصبعه علي سطح الماء، لا يكاد أثره يظهر حتى يزول، ومن ثم كان لزاماً على المشرع أن يراعى الوقائع الإقتصادية فى تشريعه، فإن لم يفعل – وكثيراً ما يفعل – جاءت القاعدة القانونية تعبيراً عن ذلك الواقع وانعكاساً له. وإن الباحث يستطيع أن يقرأ الحياة الإقتصادية لأمه فى تشريعها كما يقرأ فى كتاب مفتوح). ومن أمثلة الفرض الثانى (تأثر الإقتصاد بالقانون) تدخل المشرع الحديث لحماية بعض الصناعات الناشئة عن طريق فرض رسوم جمركية تجعل تلك الصناعة الجديدة بمأمن من منافسة البضائع الأجنبية. ويلاحظ بصفة خاصة أن المجتمعات التى يسودها النظام الإقطاعى يتأثر إقتصادها بالقانون السائد فيها، فتكون الغلبة للقانون فى هذه المجتمعات، فهو يعمل على ثبات النظام الإقتصادى فى حدود معينة، مثال حقوق الأشراف بالنسبة للتابعين ونظام الطوائف ونظام الملكية... إلخ.

• Gurvitch: Eléments de sociologie juridique, Paris 1940, p. 255. =

أن هناك رابطة محكمة بين القانون والمجتمع، أخذاً وعطاءً، جموداً وتطوراً، فإن نفس الحكم يصدق فى إثبات الرابطة بين القانون وكافة الظواهر الاجتماعية، وفي مقدمتها العامل الإقتصادى(١).

ومن المسلم به أن الإقتصاد قد لعب دوراً كبيراً فى تطور الشرائع القديمة، غاية الأمر أن تأثر القانون بالإقتصاد - فى تطوره - قد اختلف باختلاف الزمان والمكان. فالمجتمع الحديث يمتاز - لانتشار الصناعة - بتعقد وتشعب الظواهر الإقتصادية، مما أدى إلى سرعة تطور المجتمع من الوجهة الإقتصادية وبالتالى إلى تأثر القانون الحديث بشكل واضح وسريع بالتطورات الإقتصادية. أما فى المجتمعات القديمة فلم تكن الوقائع الإقتصادية من الكثرة والتعقيد بما هو عليه الحال فى المجتمع الحديث، لذلك لم تتطور القوانين القديمة - تحت تأثير العوامل الإقتصادية - بنفس السرعة التى تطورت بها القوانين الحديثة. ومع ذلك فإن أثر العامل الإقتصادى فى تطور تلك القوانين لا يخفى على أحد، فمن يهتم بدراسة الشرائع القديمة يلاحظ بجلاء ودون كبير عناء مقدار التطور الذى أصابها بسبب تطور الظروف الإقتصادية(٢).

نستطيع إذاً أن نقرر أن الإقتصاد يعتبر عاملاً هاماً من عوامل تطور

= دكتور/ جابر جاد عبد الرحمن، دكتور/ سعيد النجار: مبادئ الإقتصاد السياسى، القاهرة ١٩٥٣، ص١٠-١٦ .

دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون ، ص٢٦٠ - ٢٦٢ .

(1) Maillet: Histoire des institutions, Paris 1958. p.210.

(٢) دكتور / صوفي أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص١٩٦ .

القانون سواء فى ذلك الشرائع القديمة والقوانين الحديثة، وسنبين الدور الذي لعبه الإقتصاد فى تطور كل من القانون الرومانى والشريعة الإسلامية والقانون الحديث.

المطلب الأول

أثر الإقتصاد فى تطور القانون الرومانى

يعتبر القانون الرومانى مثالاً واضحاً لمدى تأثر القانون - فى تطوره - بالظروف الإقتصادية، فقد استمر تطبيق هذا القانون فترة زمنية تزيد على الثلاثة عشر قرناً، وخلال هذه الفترة تأثرت أحكامه بالتطورات الإقتصادية التى حدثت فى المجتمع الرومانى(١). فالتطور الإقتصادى الذى أصاب المجتمع الرومانى كان له أكبر الأثر فى مجال القانون وتطوير القواعد القانونية، وقد كان هذا التأثير عميقاً للغاية لدرجة أنه قد أدى إلى نشأة مصادر جديدة للقانون الرومانى بجوار مصدره التقليدى، كما أدى إلى تطور الكثير من القواعد فى شتى النظم القانونية الرومانية(٢).

أولاً: تطور مصادر القانون الرومانى:

بدأ القانون الرومانى بمجموعة قليلة من القواعد - تتمثل فى بعض التقاليد العرفية وقانون الألواح الإثنى عشر - وجدت لتحكم مجتمعاً زراعياً يضم عدداً قليلاً من السكان يقطنون مساحة صغيرة من الأرض

---

(١) دكتور / صوفي أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٢٧٧ .

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى: فلسفة النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٢٤ .

(روما). وقد كانت نصوص قانون الألواح الإثنى عشر ضيقة النطاق شديدة الإجراءات ظالمة النتائج، وكانت لا تطبق إلا على الرومان دون سواهم[1]. وبالرغم من ذلك فقد كانت مدونة الألواح الإثنى عشر بموضوعاتها المحدودة كافية في بداية الأمر لحل مشاكل المجتمع الرومانى القديم. وبمضى الزمن اتسعت رقعة الدولة الرومانية وأخضعت شعوب حوض البحر الأبيض المتوسط لسلطانها، وبذلك دخلت عناصر جديدة فى الإمبراطورية الرومانية، وازدادت صلاتها بكثير من الشعوب مما أدى إلى انتعاش تجارتها وتعقد نظمها الإقتصادية فتحول المجتمع من مجتمع زراعى إلى مجتمع تجارى[2]. وبعد أن كان القانون الرومانى خاصاً بالرومان وحدهم ولا يطبق على غيرهم من الشعوب التى تتعامل معهم، أصبح هو القانون الواجب التطبيق على كل سكان الإمنبراطورية الرومانية منذ بداية القرن الثالث الميلادى حينما منحت الجنسية الرومانية لكل سكان

---

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٤٧ .
- Girard: Manuel de droit romain, 8éd, 1929, p. 728.
- Monier: Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1948, p. 91.

(٢) دتكور محمود السقا: العلاقات الدولية الرومانية خلال عصر الإمبراطورية العليا فى نطاق فلسفة المدنية العالمية، بحث منشور بمجلة مصر المعاصرة، أكتوبر ١٩٧٤، السنة ٦٥، العدد ٣٥٨، ص٧٦٩ .
- Monier: Manuel élémentoure de droit romain, Paris 1948, p.63.
- Bonfante: Histoire du droit romain, 1928, p. 314.
- Huveline : Cours élémentaire de droit romain, Paris 1927, p.227.
- Huveline : Etudes d'histoire du droit commercial romain, 1929, p. 26.

الإمبراطورية، مما أدى إلى تغير كثير من قواعده تحت تأثير الظروف الإقتصادية التى كانت سائدة فى البلاد المفتوحة[١]. ولمواجهة هه التطورات اضطر الرومان إلى تفسير القواعد الواردة فى قانون الألواح بطريقة تجعله ملائماً لتلك التطورات واستحداث قواعد جديدة لمواجهة ما يجد فى المجتمع من حالات، ومن خلال التفسير توصل الفهاء إلى حلول جديدة لم تكن معروفة من قبل، ولكنهم لم يصرحوا بأنهم قد خلقوا قواعد قانونية جديدة، حيث نسبوا تلك الأحكام إلى قانون الألواح تحت ستار تفسيره[٢]. وبذلك

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٠٤ .

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى: فلسفة النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٢٤ .

وأنظر أيضاً:

دكتور/ محمود السقا: أثر الفلسفة فى الفقه والقانون الرومانى فى العصر العلمى، بحث منشور بمجلة القانون والإقتصاد، العدد الأول، السنة الثالثة والأربعين، مارس ١٩٧٣، ص١٥٦ وما بعدها.

دكتور/ محمود السقا: شيشيرون خطيباً وفيلسوفاً وفقيهاً، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والإقتصادية، يوليو١٩٥٧، العدد الثانى، السنة ١٧ ، ص٧٩٩ .

دكتور/ عمر ممدوح مصطفى: الفقه عند الرومان ، بحث منشور بمجلة الحقوق ، السنة الثالثة، مارس ١٩٤٨، ص٦٢٥ .

دكتور/ صوفى أبو طالب: الوجيز فى القانون الرومانى، طبعة ١٩٥٦، ص١٣٠ .

دكتور/ صوفي أبو طالب : أبحاث فى مبدأ سلطان الإرادة فى القانون الرومانى، طبعة ١٩٦٤، الناشر دار النهضة العربية، ص٢٤

- Ihc[illegible]: Esprit du droit romain, p. 21.
- Vonglis: L'esprit de la loi, p. 129.
- Geny (F.): Mêthode d'interprêtation et sources en droit privé positif, 2éd, Paris 1954, p. 314.

لعب تفسير قانون الألواح دوراً هاماً فى إيجاد الحلول المناسبة لحكم العلاقات القانونية بين الرومان أنفسهم.

ومن خلال ممارسة الحاكم القضائى الرومانى «البريتور» لمسئولياته القانونية والقضائية(١)، حيث كان الأمين على تطبيق أحكام القانون، كان يلمس تماماً مدى عدم ملائمة أحكام القانون المدنى القديم لحالة المجتمع الرومانى المتطور. ومن هنا تمكن البريتور من سد النقص الظاهر فى أحكام القانون المدنى وتعديل أحكامه بما يتلائم مع التطور الجديد(٢). وبذلك ظهر الدور الخلاق للبريتور، واعتبرت اجتهاداته مصدراً من مصادر القانون الرومانى، وأطلق على مجموعة القواعد القانونية التى ظهرت نتيجة لاجتهاداته «القانون البريتورى»(٣).

---

(١) عرفت وظيفة «بريتور المدينة» عام ٣٦٧ق.م، وذلك ليتولى مسئولية القضاء المدنى بدلاً من القناصل الذين لم تعد أعباؤهم المتزايدة تسمح لهم بذلك. دكتور/ محمد عبد المنعم بدر، دكتور/ عبد المنعم البدراوى: مبادئ القانون الرومانى، القاهرة ١٩٥٤، ص٦٤ .

• Levy Bruhl: Quelques problemes du très ancien droit romain, theorie de l'esclavage, Paris 1934 .

(٢) دكتور/ عمر ممدوح مصطفى: القانون الرومانى، طبعة ١٩٦٦، ص٦٣ وما بعدها.

دكتور/ عبد المنعم درويش: الوجيز فى القانون الرومانى، الجزء الأول «الالتزامات»، الطبعة الأولى ١٩٩٥، الناشر دار النهضة العربية، ص٤٢ .

• Girard: Manuel élémentaure de droit romain, Paris 1929, p. 42.

• Monier: Manuel élémentaire de drait romain, Paris1948, P. 73.

(٢) يعرف الفقهاء الرومان القانون البريتورى بأنه القانون الذى أوجده البريتور لضمان تطبيق القانون المدنى أو تكملة ما يظهر فيه من نقص أو لتعديله. وكانت منشورات =

وعمل الرومان من جهة أخرى على تنظيم العلاقات التى يكون أحد طرفيهـا من الأجانب . فالقانون الـرومانى القديم كان لا يعتـرف للأجانب بأية حمـاية قانونية، فـهم لا يستطيعـون الإفادة من نظمـهم الوطنية ولا من النظم الرومـانية لأنهم وأمـوالهم حل للرومان، ولكن الـتطور الإقتـصادى اضطر الرومان إلى تشجيع الأجانب على الإقـامة بينهم للإفادة من نشاطهم الإقتـصادى فـاضطر المشرع الرومـانى إلى منح الأجانـب نوعاً من الحـماية القانونيـة فأنشئت وظيـفة «بريتور الأجـانب» عا ٢٤٢ ق.م. ويشغلهـا أحد الحكام الرومان ويخـتص بنظر القضايا التى تثور بين الـرومان والأجانب أو بين الأجـانب فيـما بينـهم إذا كانوا مـقيـمين برومـا. ولم يكن أمام بريتـور الأجانب نصـوص قانونية يلتـزم بتطبيقـها، فالقواعـد التى تضمنتهـا مدونة الألواح الإثنى عـشر كـانت خاصـة بالرومـان دون سواهم، فكان عليـه أن يشرع القواعد والنظم القانونية الواجبة الاتباع، وقد اجتهد بريتور الأجانب فى هذا الصدد مـستعيناً بالأعراف الـتجارية السائدة بين الشـعوب المجاورة للرومان ومبـادئ العدالة وبعض نظم القانون الرومـانى نفسه[١]. وبـذلـك خلق بريتـور الأجانب نـظاماً قـانونيـاً جديداً مـتكامـلاً أطلق عليه «قـانون الشعوب». وبما أن السبب الرئيسى لنشأة هذا القانون هو إيجاد القواعد التى

= البرتيور هى نواة القانون البـريتورى، وقد اعتبرها الفقهاء مـصدراً للقانون منذ القرن الثالث قبل الميلاد. وعلل الفقهاء اعتـبارها مصدراً للقانون بأن العرف جرى على الأخذ بهـا فهى من أهم مـصادر التـقـاليد العـرفيـة. دكتـور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص٣٦٤ .

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٢٧٩ .

• Arriat (D.): Le préteur pérégrin, Paris 1955, p.2.

تطبق على المعاملات التجارية بين الرومـان والأجانب، فكان طبيعياً أن تجئ قواعده خـالية من الشكليات وبعـيدة عن الإجراءات المعقـدة التى اتسم بها القانـون الرومانى، وظهـرت العقودالرضـائية الخـالية من الشكليـات والتى يكفى التـراضى لانعقـادها، وسـرعان مـا طبقت أحـكام تلك العقـود على الرومان أنفسهـم لأنها تفى بالمتطلبات التجارية واندمجت هذه الـعقود بعد ذلك فى القـانون المدنى الرومـانى نفسـه. وبهذا يمكـن القول بأن الـعقـود الرضائية الأربعة التى عرفها القانون الروماني وهى البيع والإجارة والوكالة والشركة كان أساسها قانون الشعوب(١).

ثانياً: نظام الأسرة:

كان نظام الأسـرة لدى الرومان فى الأصل مرتبطاً بتقـاليد المدينة منذ نشـأتهـا(٢)، وكان مرتبطاً أيضـاً بالنشاط الإقتصادى التقليـدى المتمثل فى

---

(١) دكتـور/ طه عوض غازى: فلسـفة وتاريخ النظم القانونيـة والاجتمـاعية «نشـأة القانون وتطوره»، ص١٩١ .

(٢) الأسرة عند الرومان لـها مدلول قانونى فنى، هو الوحـدة القانونية والدينية والإقـتصادية التى تضم مـجموعـة من الأفراد - ومـا يحوزونه من أمـوال - يشتـركون فى الخـضوع لسلطة واحـدة هى سلطة رب الأسـرة حتى ولو كـانوا لا يقـيمـون تحت سقف واحـد. وهؤلاء الأفراد يعتبرون أقارب لبعضـهم البعض الآخر طالما أنهم يشتركون فى الخضوع لسلطة رب الأسـرة. ومن الواضح أن تعبيـر الأسرة لا ينـصرف فـقط إلى الأشخـاص المكونين للأسـرة، بل ينصرف أيضـاً إلى مجـموعـة الحقوق والأمـوال أى الذمة المالـية، وعلى ذلك فالأسرة هى مـجموعة من الأشخـاص والأموال والحقوق يتزعمـها شخص واحد هو رب الأسرة. دكتـور/ صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتـماعية، ص٤٠٢ .

الزراعة. لذلك لم تكن لأبناء الأسرة أية شخصية قانونية[١]، ولم تكن لهم بالتالى ذمة مالية مستقلة. فمن الأصول المقررة فى القانون الرومانى أن الشخصية القانونية تثبت لرب الأسرة دون غيره من الخاضعين لسلطته فهو الممثل الوحيد للأسرة فى علاقتها مع الغير، والقانون لا يعتد إلا بإرادته هو وحده دون باقى أعضاء أسرته. والسلطة الأبوية سلطة دائمة مدى حياة رب الأسرة مادام لم يوجد سبب من أسباب انتهائها[٢]. ويترتب على ذلك أن رب الأسرة يمارس سلطانه على الأشخاص الخاضعين له مهما بلغت سن هؤلاء وأياً كانت المناصب التى يصلون إليها، وكذلك على ما يحوزونه من أموال حيث اعتبرهم القانون أداة فى يد رب الأسرة لكسب الحقوق دون الالتزامات[٣]. هذه السلطة المطلقة لرب الأسرة كان من الممكن فهمها وتفسيرها فى العصور الأولى لروما، حيث كانت العائلة متحدة فى المعيشة والدولة الرومانية مقصورة على بقعة محدودة. ولكن عندما تطور المجتمع الرومانى وحل الإقتصاد التجارى محل الإقتصاد الزراعى، أصبح من المتعذر الاحتفاظ بوحدة الملكية داخل الأسرة، فأخذ الأبناء يقومون بنشاط إقتصادى مستقلين عن رب الأسرة، مما دعا إلى الاعتراف لهم بأهلية التعاقد

---

(١) كان يجب لقيام الشخصية القانونية أن يكون الشخص حراً، ومواطناً رومانياً، ورب أسرة غير خاضع لسلطة غيره. وهذه العناصر وإن تعارضت مع المبادئ المقررة فى القوانين الحديثة، إلا أنها تتفق تمام الاتفاق والنظام الاجتماعى والسياسى الذى كانت عليه المجتمعات القديمة. انظر فى تفصيلات عناصر الشخصية القانونية الطبيعية فى القانون الرومانى، بحثنا «فكرة الحق فى القانون الرومانى»، المنشور بالمجلة العلمية لكلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد الخامس عشر، ٢٠٠٢م، ص٨٢١ .

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٤٠٥ .

(3) Giffard: Prècis de droit romain. Paris 1938, p. 218.

وإمكان تملك بعض الأموال التى تؤول إليهم من غير طريق والدهم، بحيث تبقى هذه الأموال فى ملكية الأبناء دون أن تنتقل إلى ملكية الأب أو تدخل فى تركته عند موته(١). وفى أواخر عصر الإمبراطورية الرومانية انتهى التطور نهايته الطبيعية حيث تم الاعتراف لابن الأسرة بأهلية كاملة وذمة مالية كاملة مستقلة عن رب الأسرة(٢).

ثالثاً: نظام الملكية:

لم يكن الرومان يعرفون فى بادئ الأمر إلا صورة واحدة من الملكية، هى الملكية الرومانية، وكان القانون الرومانى يستلزم لاكتسابها ثلاثة شروط: أولاً : أن يكون المالك متمتعاً بالجنسية الرومانية، لأن الملكية الرومانية - شأنها شأن سائر النظم القانونية - كانت امتيازاً خاصاً بالرومان دون سواهم، فالأجنبى كان محروماً من حق التعامل مع الرومان، ولم يكن له بالتالى حق اكتساب الملكية الرومانية. ثانياً: أن يكون الشئ محل الملكية من الأموال النفيسة، وهى تشمل على سبيل الحصر، العقارات الإيطالية من أرض ومبان وحقوق الارتفاق الزراعية المقررة لصالحها والأرقاء ودواب الحمل والجر، أما ما عدا ذلك من الأشياء فيدخل فى طائفة الأموال غير النفيسة، أى الأموال التى لا ترد عليه الملكية الرومانية(٣). ثالثاً:أن تكون

---

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٦٢ .

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى: فلسفة النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٢٧ .

• Monier:Manuel élémentaire de droit romain,Paris 1948,t.1,p.258.

(٣) تشمل الأموال غير النفيسة كل ما لا يدخل فى طائفة الأموال النفيسة، ولذلك فهى لا تقع تحت حصر، وتشمل على سبيل المثال : الأراضى الإقليمية الواقعة خارج إيطاليا، وحقوق الارتفاق المقررة عليها، والمنقولات بوجه عام كالغلال والنقود وأثاث المنازل =

= والحيوانات الأخرى غير حيوانات الحمل والجر كالأغنام والماعز. دكتور/ محمد عبد المنعم بدر، دكتور/ عبد المنعم البدراوى: مبادئ القانون الرومانى «تاريخه ونظمه»، طبعة ١٩٥٤، مطابع دار الكتاب العربى بمصر، ص٣١٠ .

• P.Ourliac et J. De Malafosse: Histoire de droit privé, 1971, p. 21 et s.

وتقسيم الأموال إلى أموال نفيسة وأموال غير نفيسة يعد تقسيماً أساسياً للأموال الداخلة فى الذمة حتى أوائل عصر الإمبراطورية، وهو تقسيم رومانى محض بحيث لا نجد له نظير لدى الشعوب الأخرى. وترجع الحكمة في هذه التفرقة إلى الحالة الإقتصادية التى كانت عليها الرومان، فالشعب الرومانى كان شعباً ميالاً للعزلة ويعتمد فى حياته الإقتصادية على الزراعة، وبالتالى فإن الشئ لا يعتبر فى نظره ذا قيمة إلا إذا مثل عنصراً من العناصر الضرورية لزراعة الأراضى واستغلالها، وهى ما اعتبره أموالاً نفيسه، ولذلك كانت هي الجديرة وحدها بالاقتناء وباتخاذ الاحتياط عند نقل ملكيتها للغير بأن يتم بطريقة من الطرق الرسمية. دكتور / عمر ممدوح مصطفى: الموجز فى القانون الرومانى، الجزء الأول، «المقدمة التاريخية، الأشخاص، الملكية، الحقوق العينية المقررة على مال الغير»، طبعة ١٩٥٣ ، ص ٢٧٢ .

• Girard: Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1929, p. 272.

وتظهر أهمية التفرقة بين الأموال النفيسة والأموال غير النفيسة فى أن النوع الأول فقط هو الذى تنصب عليه الملكية الرومانية، وأنه يجب للتصرف فى الأموال النفيسة اتباع إجراءات علنية محددة ومنصوص عليها هى الإشهاد والدعوى الصورية، أما النوع الثانى وهو الأموال غير النفيسة فلا تنصب عليه الملكية الرومانية ويكتفى فى نقل ملكيتها بالمناولة يداً بيد أى بالتسليم. دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص٢٥٤ .

• Monier : Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1947, p. 350 - 351. =

الملكية قد اكتسبت بإحدى الطرق المقررة فى القانون المدنى كالإشهاد والدعوى الصورية[١]، فإذا استخدمت طريقة أخرى لنقل ملكية مال من

= وقد كان هذا التقسيم ضاراً بالتجارة ضرراً بليغاً، وظهر هذا الضرر على أشده فى الوقت الذى تغيرت فيه وسائل التقدم فى المدنية والمناهج الإقتصادية، حيث تزايدت أهمية الأموال غير النفيسة تدريجياً باتساع التجارة واتجاه الثروة نحو القيم المنقولة، عندئذ اقتضت الضرورات الإقتصادية والاجتماعية الاعتراف بحق الملكية الرومانية على الأموال غير النفيسة، وبأن تشملها الحماية القانونية بالوسائل المخصصة لحماية الأموال النفيسة ففقد هذا التقسيم كثيراً من أهميته الإقتصادية. بيد أنه احتفظ طويلاً بأهميته القانونية، ولم يلغ نهائياً إلا فى عهد جستنيان.

(١) الإشهاد عملية رسمية لنقل الملكية، وهو من نظم القانون الرومانى، وكان مقصوراً على المواطنين الرومان وحدهم ومن منحوا حق التعامل من لاتينيين وأجانب وكان يتم بالسبيكة والميزان. والإشهاد كان يستلزم حضور الطرفين، المتصرف والمتصرف إليه، وإحضار الميزان وسبيكة من البرونز والمال المراد نقل ملكيته - أو ما يرمز إليه - كما كان يستلزم كذلك حضور حامل الميزان وخمسة من الشهود من المواطنين الرومان البالغين . وهذه التسمية - الإشهاد mancipatio - مأخوذة من الكلمة اللاتينية manus ca-pere، ومعناها الاكتساب أو الأخذ باليد، ولكن الفقهاء يطلقون على هذه الطريقة لاكتساب الملكية إسم الإشهاد لأن من أهم إجراءاتها أن يشهد المكتسب خمسة أشخاص من الأهالي على اكتساب الملكية.

• P. Ourliac et J. De Malafosse : Histoire de droit privé, 1971, p. 277 et s.

أما الدعوى الصورية فهى طريقة رسمية لنقل الملكية الرومانية باتفاق الطرفين، ترفع فى صورة دعوى استرداد الملكية أمام الحاكم القضائى، وهى أبسط فى إجراءاتها من الإشهاد. وهى تستلزم حضور الطرفين، من يريد نقل الملكية ومن يريد اكتسابها، أمام الحاكم القضائى، كما تستلزم وجود الشئ المراد نقل ملكيته ذاته أو ما يرمز إليه إذاكان=

الأمـوال النفـيسـة - بأن اكـتفـى البائع بتـسليم الشـئ المبيع إلى المـشتـرى مـثــلا[١] - فإن المـلكية لا تنتـقل طبقـاً للقانون المدنى الرومـانى، بل تظل لصاحبها.

= عقاراً. وتبدأ إجراءاتها بأن يقرر من يريد اكتساب الملكية فى عبارة رسمية وهو قابض بيده على المال أو ما يرمز إليه أنه مالك له طبقـاً لقانون الرومان، فيسأل البريتور من يريد نقلْ الملكيـة عـما إذا كـان لديه اعـتراض على ذلك، فـإذا سكت وسلم بادعـاء الطرف الآخر، صدق الحاكم على ذلك وأمر بأن يكون المال للمدعى (المكتسب)، وبذلك تنتقل الملكية. انظر فى تفصيلات ذلك الموضوع، دكتور/ توفيق حسن فرج: القانون الرومانى، طبعة ١٩٨٥، الدار الجامعية للطبع والنشر ببيروت، ص٢٩٣ - ٣٠١ .

(١) يعـد التسليم طريقـة غـير رسـمية لنقل الملكيـة، بمعنى أنه ليس من نظم القـانون المدنى القديم لمدينة رومـا، وإنما أخذ من قانون الشعوب. ويتـم التسليم بمناولة الشئ المراد نقل ملكيته يداً بيـد من الناقل إلى المكتسب، ولذلك فهو طريقة سـهلة لنقل الملكية لخلوه من الشكليات، كـما أنه لا يستلـزم وجود الناقل والمكتسب فى نفس المكـان وقت التسليم، فيـمكن أن يتم التسليم وبالتالى نقل المـلكية بواسطة الغيـر الذى قد ينوب عن الناقل أو عن المكتسب. وفضلاً عن ذلك فإن التـسليم - على عكس الإشهاد والدعوى الصورية - قابل لأن يقترن بجميع الأوصاف كتعليق نقل الملكية على شرط معين أو إضافتها إلى أجل. ولا يكون التـسليم صـحيـحـاً إلا إذا توافر لـه عنصران أحـدهمـا مادى والآخـر معنوى، فإذا تخلف أحد هذين العنصرين لم ينتج التسليم أثره وهو نقل الملكية. ويتمثل العنصـر المادي فى فـعل التسليم ذاته، أى نـقل وضع اليد من الناقـل إلى المكتسب، أمـا العنصر المعنوى فـيتمثل فى السـبب الصحيح الذى يستند إليـه فى نقل الملكية. انظر فى تفصيلات ذلك الموضوع، دكتور/ مـحمد على الصافورى: القانون الرومانى، ص٤٩٢ - ٤٩٨ .

• Geffard: Précis de droit romain, Paris 1938, p. 366.

ولتطور الظروف الإقتصادية، ولظهور الكثير من غير الرومان فى روما ولوصول الكثير من الرومان خارج مدينتهم وتعاملهم فى أموال لا تعد من الأموال الرومانية، أصبح نظام الملكية التقليدى قاصراً عن االوفاء باحتياجات المجتمع، خاصة وأن الشكلية المتزمتة التى صاحبت طرق كسب الملكية الرومانية لم يعد من اليسير اتباعها فى الظروف الجديدة. ولهذا نجد صورة جديدة من صور ملكية الأراضى تظهر عندما امتدت السيطرة الرومانية لتشمل أراضى شبه الجزيرة الإيطالية وسميت بملكية الأراضي الإيطالية، وملكية تلك الأراضي كانت تنتقل بطرق مختلفة عن طرق نقل الملكية الرومانية، وقد خصصت لحمايتها دعاوى تختلف عن الدعاوى التى كانت مخصصة لحماية الملكية الرومانية. ثم يتسع النفوذ الروماني فيضع أقاليم ودول تم استعمارها بأكملها تحت سيطرته، وتظهر أراضى شاسعة تحت يد الحكومة الرومانية، وقد بقيت هذه الأراضى مملوكة لأصحابها القدامى، ولكن ملكيتهم عليها نظمها القانون الرومانى لتتمشى مع مبدأ تملك الرومان لجميع أراضى البلاد المفتوحة، وعلى هذا اعتبرت ملكية هذه الأراضى مجرد استعمال أو مجرد وضع يد، وقد سميت هذه الأراضى بالأراضي الإقليمية، والتصرف فى الأراضى الإقليمية كان يتم عن طريق التسليم. ثم تظهر الملكية الأجنبية، وهى التى يعترف فيها القانون الرومانى للأجانب بحق التملك، وقد وضع قواعد تنظيم هذه الملكية بريتور الأجانب. وأخيراً تظهر ملكية رومانية متحررة من القيود والشكليات التى فرضتها القواعد العتيقة، وقد أعمل الحاكم القضائى كل فنه وجهده ليضع قواعدها التنظيمية، ولهذا السبب يطلق على هذه الملكية الجديدة المتطورة الملكية البريتورية. فهذا التطور فى صور الملكية إنما كان نتيجة للتطور

الإقتصادى والظروف التى صاحبت توسع النفوذ السياسى لمدينة روما[(١)].

رابعاً: نظام الالتزامات والعقود:

لعل من أبرز النظم التى تتأثر بالإقتصاد تأثراً واضحاً هو نظام الالتزامات والعقود، حيث تمثل المعاملات التى تتم بين الناس، وطبقاً للوضع الإقتصادى يتحدد نوع وشكل وطبيعة التعامل. وقد تطورت المبادئ القانونية الخاصة بالالتزامات إلي حد كبير على أثر تطور الظروف الإقتصادية فى روما، فلم تعد العلاقة بين الدائن والمدين علاقة مادية تنصب على جسد المدين- كما كان الأمر من قبل - وإنما أصبحت تمثل رابطة قانونية يلتزم بمقتضاها المدين بذمته لا بجسده وحريته، وبذلك تم القضاء على نظام التنفيذ على شخص المدين واستبدل به نظام التنفيذ على أمواله[(٢)].

وقد ظهر أثر التطور الإقتصادى أيضاً بالنسبة للعقود، ففى القانون الرومانى العتيق، وعندما كان النشاط الإقتصادى قاصراً على الزراعة، وعندما كان الاكتفاء الذاتى هو القاعدة العامة لدى الأسر الرومانية، كانت الشكلية هى الغالبة على الاتفاقات والعقود حيث سادت قاعدة «الاتفاق المجرد لا ينشئ أى التزام» بمعنى أن الإرادة لا تنتج أثرها وحدها وإنما يجب أن يصب الاتفاق فى قالب من القوالب الشكلية التى نص عليها القانون[(٣)].

---

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى: فلسفة النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٢٩ .

(٢) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص٨٠.

• Villers (R.) : Rome et le droit privé, Paris 1982, p. 311.

(٣) انظر تفصيلات قاعدة الشكلية فى القانون الروماني من حيث ماهيتها وأسبابها =

ولكن التطور الإقتصادى تطلب تطوير تلك القواعد القانونية العتيقة، فكان من الضرورى استبعاد القوالب الشكلية والصيغ الرسمية، حيث تتطلب التجارة المرونة فى المعاملات، فظهرت العقود الرضائية الأربعة (البيع، الإيجار، الوكالة، الشركة)، والعقود العينية، وظهر أيضاً مبدأ حسن النية فى المعاملات، كما ظهرت فكرة النيابة فى التعاقد. فكل هذه الأوضاع الجديدة استوجبتها التطورات الإقتصادية، وكانت نتيجة منطقية لها(١).

المطلب الثانى

أثر الإقتصاد فى تطور الفقه الإسلامى

من المسلم به أن الشريعة الإسلامية ليست شريعة جامدة، ولكنها شريعة تتسم بقدر كبير من المرونة. فقد قامت فلسفة التشريع الإسلامى على التقليل من التقنين - وعلى وجه الخصوص فى مجال المعاملات - فضلاً عن ورود القواعد فى شكل قواعد كلية دون الإغراق فى التفاصيل، وذلك من منطلق أن التشريع إنما هو لدفع حاجات الناس وتحقيق مصالحهم فينبغى أن يقتصر فى كل عصر على تشريع ما اقتضته حاجاته ومصالحه وحتى لا يجد اللاحقون من تشريع السابقين عقبات تحول دون تشريع ما يدفع حاجاتهم ويحقق مصالحهم(٢). ولا شك أن هذا المنهج الذى توخاه

= والنتائج المرتبة عليها، رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه المقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة عام ١٩٩٦ تحت عنوان «مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامى»، ص١١١ - ١٤٩ .

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى: فلسفة النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٣٠ .

(٢) فضيلة الشيخ/ عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، طبعة ١٩٥٠، ص٢٨٨ .

الشارع الإسلامى قد كفل لتلك القواعد الفاعلية والصلاحية للتطبيق فى كل زمان ومكان، والقدرة على استيعاب أية متغيرات إقتصادية. كما أن هذا المسلك يجعل رجال التشريع فى كل عصر فى سعة من أن يطوعوا التشريع حسبما تقتضيه المصلحة - تحت تأثير التغيرات الإقتصادية والاجتماعية - دونما مخالفة لأية حكم قرآنى(١).

وقد اتسعت رقعة الدولة الإسلامية بعد وفاة الرسول ﷺ، بحيث أصبحت تضم أجناساً جديدة وأقاليم متعددة، وكان لكل شعب من هذه الشعوب عاداته وتقاليده ونشاطه الإقتصادى المتميز(٢). فكان على المسلمين أن يواجهوا هذه الظروف الجديدة بنظم وقواعد قانونية تتمشى معها، وقد توصلوا إلى ذلك عن طريق الفن الفقهى الذى امتازوا به وعن طريق الوسائل التى استقروا على صلاحيتها كمصدر لتطور القاعدة القانونية، فالإجماع والقياس والعرف والمصالح المرسلة والاستحسان قد فتحت الأبواب على مصراعيها أمام المشرع الإسلامى لسد مطالب المجتمع المتطور(٣). فالشريعة الإسلامية بمالديها من قدرة ذاتية على التطور لملائمة ظروف الزمان والمكان قد تفاعلت واستجابت للتطورات الإقتصادية التى طرأت على المجتمع الإسلامى عبر القرون المتعاقبة(٤). بشرط عدم مجافاة الروح العامة التى تسيطر على التشريع الإسلامى، ولذلك تعدلت كثير من

---

(١) دكتور/ عادل بسيونى: الوسيط فى تاريخ القانون المصرى، طبعة ١٩٩٧، الناشر دار نهضة الشرق، ص٥١٥ .

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تكوين الشرائع، ص٧٩ .

(٣) دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٢٦٨ .

(٤) دكتور/ مصطفى صقر. فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٧٠

النظم القانونية الإسلامية تحت تأثير التطور الإقتصادى الذى أصاب المجتمع الإسلامى، وفيما يلى بعض الأمثلة التى تدل على مقدار تطور التشريع الإسلامى بسبب تغير الظروف الإقتصادية.

أولاً: *التطور فى نطاق القانون الخاص:*

١- التصرف فى المعدوم:

الأصل العام فى الشريعة الإسلامية أن يكون محل العقد موجوداً وقت إبرام العقد، ويترتب على ذلك عدم جواز بيع الشئ غير الموجود -المعدوم- وقت التعاقد(١).

ولكن الفقهاء المسلمين - مسايرة للتطور الإقتصادى - أجازوا كثيراً من العقود التى ترد على شئ غير موجود وقت العقد، مثل عقد السلم والاستصناع والإيجار(٢). فالتطور الإقتصادى هو الذى أدى إلي إباحة مثل

---

(١) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص١٨٧ .

(٢) عقد السلم هو عبارة عن بيع شئ آجل بثمن عاجل، أى بيع شئ معدوم وقت العقد بثمن يدفع وقت التعاقد. وقد كان هذا العقد معروفاً عند العرب فى العصر الجاهلى، وعندما هاجر الرسول ﷺ إلى المدينة وجدهم يتعاملون به، فأقرهم عليه نظراً لضرورته من الوجهة الإقتصادية. ولا خلاف بين فقهاء المسلمين على صحة هذا العقد رغم مخالفته للأصل العام.

وعقد الاستصناع هو أن يتفق شخص مع صانع على صنع شئ بصنعه ويتفقان على الثمن. فمحل العقد غير موجود وقت العقد، ولكن فقهاء المسلمين أجازوه لضرورته من الوجهة الإقتصادية وجريان العرف به.

=

هذه العقود استثناءً من الأصل العام(١).

٢- الإثبات:

ذهب بعض الفقهاء إلى ضرورة الإشهاد فى العقود بحيث لا يصح العقد إذا لم يشهده شهود، وذلك تطبيقاً للأمر الوارد فى الآية القرآنية : «واستشهدوا شهيدين من رجالكم»(٢). ولكن الغالبية العظمى من الفقهاء ذهبوا إلى صحة العقد ولو لم يحضره شهود، حيث رأوا أن هذا النص القرآنى ورد للندب والإرشاد لا للوجوب، وأسسوا رأيهم على تعارف الناس منذ عهد الرسول ﷺ على إجراء العقود دون إشهاد(٣).

فالظروف الإقتصادية التى جدت فى المجتمع الاسلامى هى التى

= وعقد الإيجار يرد على منافع العين المؤجرة أو العمل الذى يقوم به الشخص الأجير. وكل من المنفعة والعمل لا يوجد بداهة إلا بعد التعاقد، وعلى ذلك فمحل العقد ليس موجوداً وقت التعاقد، ومع ذلك أجيز هذا العقد من باب الاستحسان لأن حياة الناس لا تستقيم بدونه . ويلحق بعقد الإيجار عقود المزارعة والمساقاة.

(١) «ذهب ابن تيمية وتلميذه ابن القيم إلى القول بأن إباحة مثل هذه العقود ليس من باب الاستثناء، ولكنه تطبيق للقاعدة العامة. فالشارع الإسلامى لم يشترط وجود محل العقد حين التعاقد، بل اشترط خلو التصرف من الغرر والمخاطرة، فعلة التحريم هى وجود الغرر لعدم القدرة على التسليم وليس عدم وجود محل العقد. وعلى ذلك يصح التصرف فى الشئ غير الموجود وقت العقد إذا أمكن تسليمه». انظر ، ابن القيم: إعلام الموقعين، الجزء الأول، ص٣٥٧ . دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٢٧٠ .

(٢) سورة البقرة، الآية رقم (٢٨٢).

(٣) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٠٠ .

دفعت الفقهاء إلى ترجيح جانب الندب على جانب الوجوب فى تفسير تلك الآية. حيث أن المعاملات بين الناس – وخاصة المعاملات التجارية – تستلزم المرونة.

ثانياً: التطور فى نطاق القانون العام:

١ – قسمة الغنائم:

كانت القاعدة التى سار عليها المسلمون فى عهد الرسول ﷺ بالنسبة للغنائم التى يغنموها فى حروبهم هى تخصيص خمس الغنائم لبيت المال والباقى يقسم بين الغانمين الفاتحين، وقد طبق الرسول ﷺ هذه القاعدة بالنسبة لأرض خيبر. وعندما فتح المسلمون بلاد الشام والعراق ذهب جمهور الصحابة إلى تطبيق القاعدة السابقة، ولكن الخليفة «عمر بن الخطاب» رأى أن توقف الأراضى المفتوحة لمصلحة المسلمين ويفرض عليها الخراج حتى يمكن توفير النفقات العامة للدولة الإسلامية[١]. ولا شك أن

---

(١) هناك فرق بين الأراضى التى تفتح صلحاً والتى تفتح عنوة. أما الأرض التى تفتح صلحاً بدون قتال وبمقتضى عهد، فيتفق أهلها مع الفاتحين على مقدار الجزية والخراج الذى يؤخذ منهم دون أن يمس الفاتحون الأرض أو يأخذوها عنوة وقهراً. أما الأرض التى تفتح عنوة فتكون فى حكم الغنيمة، وتقسم بين الفاتحين طبقاً للآية رقم ٤١ من سورة الأنفال «واعلموا أنما غنمتم من شئ فإن لله خمسه وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل». ويشير الفقهاء المسلمون بأن الخمس الذى لله عز وجل مردود من الله تعالى على الذين سمى الله (للرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل) ولا يوضع فى غيرهم ويوزع الرسول ﷺ أو الإمام ذلك بين من يحضر من هؤلاء بعد أن يجتهد ويتحرى العدل، أما الأربعة أخماس فيقسمها الإمام بين المسلمين الغانمين الفاتحين. دكتوره/ سيدة إسماعيل كاشف: مصر فى عصر الولاة «من الفتح الإسلامى إلى قيام الدولة الطولونية»، طبعة ١٩٨٨، الناشر الهيئة المصرية العامة =

الدافع الذى جعل الخليفة «عمر» يرى هذا الرأى يرجع إلى التطور الإقتصادى الذى حدث نتيجة لاتساع الدولة الإسلامية واحتياجها لموارد

= للكتاب، ص٤١ . وقد واجهت المسلمين مشكلة مصير أراضى البلاد المفتوحة عنوة، وقد ثار خلاف بين الصحابة هل تكون غنيمة للمسلمين وتطبق فى شأنها الأحكام التى وردت فى آية الغنيمة، أم تكون فيئاً وتطبق بالنسبة لها الأحكام الواردة فى آيات الفئ؟. وأصحاب الرأى الأول تمسكوا بأحكام آية الغنيمة، وقد نزلت فى السنة الثانية للهجرة عندما غنم المسلمون أموال بنى قينقاع اليهود - ولم تكن لهم أراضى بل كلها أموال منقولة - بعد أن نقضوا عهدهم مع المسلمين فأجلاهم الرسول ﷺ من المدينة، وطبق هذا المبدأ على حصون خيبر التى استولى عليها المسلمون عنوة فى السنة الرابعة للهجرة. أما أنصار الرأى الثانى وعلى رأسهم الخليفة «عمر بن الخطاب» فذهبوا إلى عدم تقسيم الأراضى المفتوحة وتركها فى أيدى أهلها على أن يؤدوا عنها خراجاً لبيت مال المسلمين ينفق فى المصالح العامة، واعتمدوا فى ذلك على تفسير آيات الفئ (سورة الحشر الآيات من ٦:١٠) التى نزلت فى السنة الرابعة للهجرة فى شأن بنى النضير الذين غدروا بوعدهم مع المسلمين وتحالفوا مع قريش وتنادوا بالحرب، وبعد حصارهم خمس عشرة ليلة طلبوا الصلح وتركوا أرضهم إلى الشام وغيرها. فقسم الرسول ﷺ ما سوى الأرضين من أموالهم بين المهاجرين، وحبس الأرض على نفسه وعلى صالح المسلمين.

وقد استند الخليفة «عمر» ومن معه فى الرأى إلى تفسير آيات سورة الحشر سالفة الذكر التى عددت الذين يستفيدون من الفئ، ومنهم المهاجرين والأنصار والأجيال القادمة التى عبرت عنها الآية العاشرة بقولها «والذين جاءوا من بعدهم». وبعد مشاورات طويلة إنتهى الرأى إلى قبول تفسير «عمر» بعدم قسمة الأراضى المفتوحة بل تظل فيئاً موقوفاً، أى ملكاً عاماً للأمة الإسلامية، وتظل فى أيدى أصحابها، ويفرض عليها خراج ينفق فى المصالح العامة للأمة. وقد طبق هذا الرأى بالنسبة لكل لأراضى التى فتحها المسلمون بعد أرض العراق ومنها مصر. دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، الطبعة الأولى ١٩٩٢، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى، ص١١٦ - ١١٧ .

ثابتة، وقد وجد «عمر» هذه الموارد فى الخراج الذى يفرض على هذه الأرض.

٢- تدخل الدولة فى النشاط الإقتصادى :

كانت القاعدة في عهد الرسول ﷺ هى ترك أسعار السلع تتحددوفقاً لقانون العرض والطلب، دون التدخل لتحديد هذه الأسعار أو تحديد مقدار الربح. ومع ذلك فقد أجاز جانب كبير من الفقهاء لولى الأمر أن يتدخل ويفرض تسعيرة محددة للسلع إذا استدعت الظروف الإقتصادية التى تمر بها الدولة ذلك، كما فى حالة الحروب والأزمات. وعلي ذلك يجوز للدولة الإسلامية - بل يجب عليها - أن تتدخل فى الشئون الإقتصادية وتقوم بتحديد الأسعار إذا أساء التجار فى معاملتهم للناس منعاً للأضرار التى تلحق المجتمع من جراء ترك الأسعار مطلقة بدون تحديد، لأن مصلحة الجماعة مقدمة على مصلحة الفرد، والنصوص التى تمنع التسعير معللة بألا تؤدى حرية الأسعار إلى الإضرار بالناس[(١)].

ويتصل بذلك أيضاً حق ولى الأمر فى التدخل لمنع الاحتكار وحقه فى إلزام بعض المنتجين للسلع الضرورية بإنتاجها بالسعر الملائم، أو إلزام طائفة من الصناع التى لا يستغنى الناس عن صناعتهم بالقيام بتلك الصناعة بأجرة المثل[(٢)]. حتى لا تتعرض مصلحة الأمة للخطر من قبل المحتكرين، فالعلة من تحريم الاحتكار هى الحاق الضرر بالناس . ويعتبر هذا تدخلاً من جانب الدولة فى الشئون الإقتصادية، ودليل على مرونة أحكام الشريعة

---

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٧٨ وما بعدها.

(٢) دكتور/ صوفي أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٠٢ .

الإسلامية واستجابتها - بل وتفاعلها - مع التطورات الإقتصادية وذلك بمالديها من قدرة ذاتية على التطور وصلاحية لملائمة ظروف الزمان والمكان(١).

وإذا كانت القاعدة العامة فى الشريعة الإسلامية هى احترام الملكية الفردية، إلا أنه قد يحدث أن تعجز موارد الدولة عن مواجهة نفقاتها المتزايدة أو تخلو خزانتها من المال اللازم لمواجهة نفقاتها. فى هذه الحالة أجاز الفقهاء لولى الأمر أن يلزم الأغنياء بدفع ما يكفى لسد احتياجات بيت المال(٢). فالظروف الإقتصادية تجعل الفقه الإسلامى يخرج من القواعد العامة السائدة فى الظروف العادية إلى قواعد أخرى تتناسب مع الظرف المستجد.

ثالثاً: التطور فى نطاق القانون الجنائى:

١- تقدير الدية:

كانت الدية فى عهد الرسول ﷺ تقدر بالإبل(٣)، ولكن بعد اتساع الدولة الإسلامية ودخول أقاليم متعددة فى هذه الدولة لكل منها ظروفها الإقتصادية وعملتها المتميزة، قرر «عمر بن الخطاب» تغيير نظام تقدير الدية وأصبحت تقدر بالنقود أو بسلع أخرى تختلف باختلاف الأقاليم الإسلامية طبقاً للظروف الإقتصادية لكل إقليم(٤). فاختلاف الظروف الإقتصادية فى

---

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٨٥ .

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى : فلسفة النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٢١ .

(٣) كانت الدية تقدر بمائة من الإبل.

(٤) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره» ، ص١٨٩ .

الأقطار الإسلامية، هو الذى جعل الدية تختلف من بلد إلى آخر سواء من حيث قدرها أو ما يمكن الوفاء به[١].

٢- إسقاط الحد عن السارق:

الحدود هى عقوبات مقدرة شرعاً لمجابهة جرائم معينة، بحث لا يملك ولى الأمر إسقاطها أو العفو عنها. ومن هذه الحدود حد السرقة. ولكن الظروف الإقتصادية جعلت الخليفة «عمر» يوقف هذا الحد فى عام المجاعة حينما تدهورت الأحوال الإقتصادية ودفعت البعض إلى السرقة بدافع الجوع. فالظروف الإقتصادية هى التى أدت بالخليفة «عمر» إلى ترك ظاهر النص القرآنى[٢].

المطلب الثالث

أثر الإقتصاد فى تطور القانون الحديث

ازدادت أهمية الإقتصاد كعامل من عوامل تطور القانون اعتباراً من النصف الثانى من القرن التاسع عشر[٣]، ويرجع السبب الرئيسى فى ذلك

---

(١) حدد عمر بن الخطاب الدية فى مصر والشام بألف دينار، مطلقاً على هذين البلدين بلاد الذهب. وفى العراق إثنى عشر ألف دينار، مطلقاً عليها أهل الورق أى الفضة . وفي البلاد التى يكثر فيها البقر كانت تقدر بمائتى بقرة، وفى البلاد التى يكثر فيها الأغنام كانت تقدر بألفى شاة، وفى البلاد التى تصنع الثياب كانت تقدر بمائة حلة .

(٢) دكتور/ طه عوض غازي: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص١٨٩ .

(٣) عبر الأستاذ «ريبير» عن ذلك بقوله : «من غير المعقول أن ينكر أحد أن التطورات الإقتصادية كانت ذات أثر هام جداً في تطور قانوننا»

• Ripert: Le régime démocratique et le droit moderne, 1948, p.2.

إلى الثورة الصناعيـة التى أثرت إلى حد كبير فى تقدم النواحـى الإقتصادية والاجتماعية والتى كان لها انعكاساً واضحاً على القانون، ومن ناحية ثانية فإن التطور الذى حدث فى طبيعة دور الدولة وتدخلها فى العديد من صور النشاط الإقـتصادى أدى إلى ظهور نظم قـانونية لم تكن موجـودة من قبل. وسوف نستـعرض فيمـا يلى بعض الأمثلة لأثر الإقتصـاد فى تطور القانون الحديث.

أولاً: ظهور نظم قانونية جديدة :

ترتب على الثـورة الصناعـية إزدياد عـدد العـمال وظهـور علاقـات متـشابكة بين العـمال من جـهة وبين أصـحاب الأعمـال من جهـة أخرى، فأصحاب الأعمـال يحاولون استغلال العمال سعيـاً نحو تحقيق أقصى ربح ممكن، والعـمال يحاولون الـدفاع عن مصـالحهم، ومن هنا بدأ الـصراع بين الطبقـات. ولذلك اضطر المشرع إلى التدخـل لتنظيم العلاقات بين العـمال وأرباب الأعـمال بقـوانين خـاصـة، تختلف فـى طابعهـا عن نظم القـانون الخاص المعـروفة، وبذلك ظهرت تشـريعات العمل وأصبحت تحتل جـانباً كبيـراً من الأهمية فى القوانـين الحديثة[١]. كمـا أن التطور بما صاحـبه من تجمع الـعمال ووقـوفهم في جبهـة واحدة لحـماية مـصالحهـم ضد أرباب الأعـمـال، أدى إلى ضـرورة تنظيم تلـك التـجـمعـات عـن طريق تكوين النقابات العـمالية، وبذلك ظهـرت التشريعات الـنقابية. وفى الاتجاه نفـسه

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٢٦٤ .

- Jean Brethe de la Gressaye et Marcel Laborde - Lacoste: Introduction générale à l'étude du droit, Paris 1947, p. 68 et s.

حاول المشرع ضمان حياة كريمة للعمال بعد انتهاء حياته العملية سواء نتيجة الفصل أو الشيخوخة أو العجز عن العمل، وبذلك ظهر قانون يتناول هذه المسائل بالتنظيم أطلق عليه قانون التأمين الاجتماعي.

هذه الفروع الثلاث الجديدة: قانون العمل، قانون النقابات، قانون التأمين الاجتماعي، يضمها طابع خاص بها نتيجة كونها تهتم بالعمل والعمال، ولهذا يجمعها فقهاء القانون المعاصرون تحت تسمية «القانون الاجتماعي»، وهذا النوع من القانون ظهر تحت تأثير الظروف الإقتصادية التى طرأت على المجتمع الحديث بسبب الثورة الصناعية[1].

ثانياً: ظهور عقود جديدة:

صاحب التطور الإقتصادى ظهور الحاجة إلى إيجاد التنظيم القانونى لبعض صور العقود التى ظهرت إلى حيز الوجود تلبية لحاجات المجتمع المستجدة ولم تكن معروفة من قبل، وقد قام المشرع بتنظيم تلك العقود، ومنها على سبيل المثال:

١ - عقد التأمين: ظهرت الحاجة إليه لمواجهة المخاطر التى صاحبت التقدم الإقتصادى واستعمال الآلات ووسائل النقل الحديث.

٢ - عقد التوريد: ظهرت الحاجة إليه بعد تغير مهام الدولة وارتيادها لمجالات كانت متروكة للنشاط الخاص، مما جعلها تلجأ إلي تنظيم أحكام هذا العقد بنصوص خاصة.

٣- عقد الإذعان: يخرج هذا العقد على المفهوم التقليدى للعقود

---

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تكوين الشرائع، ص٥١ - ٥٢ .

حيث لا يقبل مناقشة أو تفاوض حول شروطه وعناصره، ففيه يستقل أحد الطرفين بوضع شروطه وعلى الطرف الآخر أن يقبل أو يرفض دون أن يكون له حرية مناقشة تلك الشروط. وقد ظهر هذا النوع من العقود نتيجة للتطور الإقتصادى وتدخل الدولة في مجالات عديدة للنشاط الإقتصادى، وقد تدخل المشرع - وهو بصدد تنظيم الأحكام العامة لعقود الإذعان - لحماية الطرف الضعيف مقرراً ضرورة تفسير العبارات الغامضة فى العقد لصالح الطرف المذعن سواء كان دائناً أو مديناً وذلك خلافاً للقواعد العامة التى تفسر تلك العبارات لصالح المدين، وأعطي المشرع أيضاً للقاضى سلطة إلغاء أو تعديل الشروط التعسفية فى عقود الإذعان خلافاً لما تقضى به القواعد العامة من أنه لا يجوز للقاضى تعديل مضمون العقد(١).

٤ - عقد شركة المساهمة: عرف الأفراد قديماً الاشتراك سوياً فى نشاط معين بقصد تحقيق الربح، وكان هذا الاشتراك أو الشركة قائم على عدد محدود من الشركاء تقوم بينهم صلة ما ويعرف كل منهم الآخر. ولكن التطور الإقتصادى أدى إلي وجود صور للشركات تحتاج إلى رؤوس أموال ضخمة لا يستطيع تقديمها عدد محدود من الأفراد، ولذلك رؤى إيجاد عقود شركة تقوم على الاعتبار المالى دون الشخصى، اصطلح على تسميتها بالشركة المساهمة فيساهم الأفراد بأموالهم فى هذه الشركة دون أن يعرف أى منهم الآخر(٢).

---

(١) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص١٩٦ .

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تكوين الشرائع، ص٥٤ .

٥- عقد نقل التكنولوجيا: كذلك تحت ضغط التقدم الصناعى وزيادة نشاط عمليات استيراد التقدم التكنولوجى ظهر ما يسمى بعقد نقل التكنولوجيا والتى تعدت فى الغالب نطاق الدولة الواحدة وتميزت بالطابع الدولى(١).

ثالثاً: تعديل النظم القائمة:

أدت التطورات الإقتصادية إلى إدخال تعديلات فى العديد من النظم القانونية القائمة، ومنها على سبيل المثال:

١ - نتيجة الاستعانة بالنساء والقصَّر فى العمل الصناعى، كان من الضرورى تعديل النظام القانونى الخاص بأهلية المرأة في المجتمعات الأوربية ، بحيث أعطاها الأهلية القانونية لإبرام عقد العمل . ونتيجة لمساهمة المرأة فى النشاط الإقتصادى أعطيت حق التصويت ثم حق الترشيح للإنتخابات.وكذلك أعطى المشرع المصرى للقاصر الذى بلغ سن السادسة عشر أهلية التصرف فى الأموال التى يحصل عليها نتيجة عمله أياً كان نوع التصرف، وذلك خلافاً للقواعد العامة في الأهلية(٢).

٢- نتيجة للتقدم الصناعى الذى صاحب ظهور الآلات التى تحمل قدراً كبيراً من المخاطر لم تكن معروفة من قبل، نجد تطوراً كبيراً يحدث فى النظام القانونى الخاص بالمسئولية، بحيث لم تعد الصورة التقليدية للمسئولية

---

(١) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص١٩٧ .

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية «تكوين الشرائع وتطورها»، ص١٩٨ .

عن الخطأ كافية (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض)، فظهرت مسئولية المتبوع عن أعمال التابع، ومسئولية حارس الأشياء الميكانيكية أو التى تستلزم حراستها عناية خاصة، ومسئولية حارس الحيوان وحارس البناء، وأمكن تقبل قيام صور للمسئولية لا تعتمد على فكرة الخطأ، بل تقوم على أسس أخرى كالمخاطر أو تحمل التبعة أو فكرة الضمان(١).

٣- نتيجة لسيادة الإقتصاد الحر وفى ظل المنافسة الشديدة بين الشركات، جنحت كثير من المشروعات إلى الاندماج فيما بينها لخلق نوع من الاحتكار بقصد تحقيق أقصى ربح ممكن، مما أدى إلى تدخل الدولة لحماية جمهور المستهلكين وخاصة فيما يتعلق بالمواد الضرورية(٢).

رابعاً: تدخل الدولة لحماية إقتصادها القومى:

تتدخل الدولة بتشريعات لحماية إقتصادها القومى، وتتفاوت درجة وعمق التدخل طبقاً للفلسفة الإقتصادية التى تسير عليها الدولة وللظروف التى تمر بها، وحتى بالنسبة للدول صاحبة الفكر الإقتصادى الحر فإنها تتدخل من حين لآخر لحماية إقتصادها القومى(٣). وقد لجأت الكثير من الدول فى السنوات الأخيرة إلى فرض قيود على الاستيراد والتصدير بقصد

---

(١) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص١٩٨ .

• Ionasco: Le facteur économique dans l' élaboration du droit civil, in, Reculeil Lambert , t. III, p. 250 et s.

(٢) دكتور/ صوفي أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٢٦٦ .

(٣) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تكوين الشرائع ، ص٦٠ .

حمـاية المنتجـات الوطنية، كـما ترتب على الأزمات الإقـتصـادية أن لجأت الدول إلى فـرض رقابة على سـعر الصـرف منعاً لزعـزعة الثـقة فى مـركز النقود الوطنية(١).

خامساً: تطور التشريع المالى والنظم الضريبية:

يرتبط بالتطور الذى حـدث فى وظيـفة الدولة فى العـصر الحـديث، التطور الذى حدث فى نظم المالية العامة، فالتدخل الإقتصادى للدولة ترتب عليـه زيادة النفقـات العامـة، مما اضطررها إلى تعديل نظـامها المالـى سواء باستحداث أنواع جديدة من الضرائب أم بتعديل النظم الضريبية(٢).

---

(١) دكتور/ صوفي أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص١٩٥ .

(٢) دكتـور/ طه عوض غازى: فلسـفة وتاريخ النظم القانونيـة والاجتمـاعية «نشـأة القانون وتطوره»، ص١٩٩ .

الفصل الثانى
وسائل تطور القانون

القانـون بوصفه مـخلوقاً يتلـون بلون البيئـة وظروفهـا الاجتـماعـية والإقتـصادية والسيـاسية، لا يتـصور أن يصب فى قـوالب جامدة لا يمسـها التعـديل. وقد كـان من نتيـجة ذلك بطبيـعة الحـال أن تسرب التـعديل إلى القواعد المدونة، وهذا وضع تحتمه طبيعة الحياة ذاتها(١).

فالقواعـد المدونة كانت عند وضعهـا ضيقة النطاق محـاطة بهالة من الإجراءات والشكليات والطقوس المعقدة التى لم تعد - مع التطور - تلبى حـاجات الناس، فـهناك من المشاكل مـا يستجـد ويمثل عائقـاً أمام تطبـيق القانون ويقف حجـر عثرة أمام تحقيق العـدالة، وهذه المشكلات تتمثل فى : أولاً: وجود نقص أو فراغ فى التنظيم القـانونى، ويتحقق ذلك إذا لم توجد قواعـد قانونيـة تحكم الوقائع التى تسـتجد تبـعاً لتزايد الحـاجات الإنسـانية المتجـددة، ويطلق البعض على هذه المشكلة «مشكلة الشـغرات»(٢). ثانيـاً: مـشكلة عدم الملائـمة، وتحـدث إذا وجدت القـاعـدة القانونـية التى تعـالج الواقعة المطروحة ولكن تطبيق هذه القاعدة على إطلاقها فى جميع الحالات

---

(١) دكتور/ هـشام على صادق، دكتـور/ عكاشة محمـد عبد العال: تاريخ النظم القـانونية والاجتماعية، طبعة ١٩٨٧، الناشر الدار الجامعية، ص٢٣٢ .

(٢) انظر فى عـرض تفصيـلات هذه المشكلة ، دكـتور/ ثروت أنيس الأسـيـوطى: مبـادئ القانون، طبعة ١٩٧٤، ص٢٦٧ .

وبصدد كافة الجزئيات قد يؤدى إلى نتائج غير ملائمة بحيث تكون العدالة فى عدم إخضاع هذه الحالات أو تلك الجزئيات لحكم النص القانونى(١).

ثالثاً: مشكلة التخلف القانونى، وذلك إذا وجدت القاعدة القانونية ولكنها لا تتمشى مع ظروف المجتمع المتغيرة، فالقانون يوضع لمجابهة ظروف معينة، هذه الظروف سرعان ما تتغير بحيث يغدو القانون وقد فقد صلاحيته، وغالباً ما تنتج هذه المشكلة نتيجة لتقييد القاعدة بصبها فى قوالب مذهبية أو فكرية أو نتيجة لظروف مرحلية يمر بها المجتمع. فالقانون الوضعى ليس إلا مرحلة من مراحل سير المجتمع نحو تنظيم أفضل وبالتالى يكون منطقياً ألا تكون له قيمة مطلقة بل قيمة نسبية ومؤقتة، فليس للتنظيم الاجتماعى من قيمة إلا بالقياس إلى الهدف الذى يسعى إليه، وهذا الهدف يتجاوز دائماً الحلول التى يقررها التنظيم القانونى الوضعى، وبالتالى فأى قانون وضعى لا يمكن إلا أن يكون مؤقتاً(٢). ومن هنا قفزت إلى الذهن فكرة التعديل حتى تتوائم تلك النصوص مع الظروف الجديدة والحاجيات المتغيرة .

وقد استعانت الشعوب المختلفة فى سبيل تعديلها لهذه النظم القانونية المدونة بمجموعة من الوسائل، وقد اختلفت تلك الوسائل باختلاف القوانين وباختلاف الظروف المحيطة بالشعوب المختلفة.

١- فاختلاف الظروف المحيطة بالشعوب المختلفة أدى إلى اختلاف

---

(١) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره» ، الجزء الأول، طبعة ١٩٩٨ ، ص ٢٠٢ - ٢٠٣ .

(٢) دكتور/ نعيم عطية: فى الروابط بين القانون والدولة والفرد، طبعة ١٩٦٨، ص٣١ .

الدور الذى يقوم به كل مصدر من مصادر القانون. فدور الفقه - كمصدر من مصادر القانون - فى كل من القانون الرومانى والشريعة الإسلامية لايقاس بدوره لدى الشعوب الأخرى، والعرف لعب دوراً هاماً فى القانون الإنجليزى بخلاف بعض القوانين الأخرى، وهكذا.

٢- والصورة الخارجية التى استقرت فيها القواعد القانونية أثرت إلى درجة كبيرة فى تطور القوانين. فتدوين القواعد القانونية لدى بعض الشعوب، مثل الشعب الرومانى، جعل المهمة الملقاة على عاتق الفقه والقضاء - فى تفسير القانون وتطبيقه - عسيرة للغاية . أما الشعوب التى تركت قانونها دون تدوين واكتفت بمعرفته فى صورة تقاليد وعادات عرفية راسخة فى الأذهان، فأمكنها تعديل قانونها بسهولة، مثل الشعب الإنجليزى. فتطور القانون لدى شعوب النوع الأول كان يصطدم بالنصوص المكتوبة، ومن ثم كان من الضرورى ابتداع وسائل تساعد على تغيير القاعدة القانونية دون الاصطدام بحرفية النصوص. أما شعوب النوع الثانى فلم تكن فى حاجة إلى تلك الوسائل المعقدة التى ابتدعتها شعوب النوع الأول، نظراً لعدم وجود نص مكتوب يحد من حرية الفقيه أو القاضى.

وحتى بالنسبة للقوانين المكتوبة نجد اختلافاً بينها فيما يتعلق بوسائل التطور، هذا الاختلاف يرجع إلى عوامل متعددة من أهمها طريقة صياغة القاعدة القانونية، فبعض الشرائع - مثل الشريعة الإسلامية - قد صيغت قواعدها القانونية فى صورة قواعد عامة كلية دون الاهتمام بالجزئيات والتفصيلات، بينما صيغت بعض الشرائع الأخرى - مثل القانون الرومانى - فى صورة قواعد جزئية محددة. ومن هنا اختلفت الو[illegible] التى استعملتها الشعوب الأولى - فى بعض الأحيان - عن الوسائل المعروفة لدى الشعوب الثانية.

٣- كان لتعدد الشرائع القانونية أو تعدد جهات القضاء في بلد واحد أثراً فعالاً في الوسائل التي استعملت في تطوير القواعد القانونية. فالشعوب التي عرفت شرائع قانونية متعددة (مثل الرومان) أو جهات مختلفة للتقاضي (مثل الإنجليز) استعملت وسائل تطور متعددة ومعقدة بالقياس إلى الشعوب ذات النظام القضائي الموحد والشريعة الواحدة (مثل المسلمين)(١).

ولقد لجأت الشعوب القديمة على درج التطور إلى استخدام أكثر من وسيلة من وسائل تطور القانون، فعلى الرغم مما سجله الواقع من تباين بين الشرائع بخصوص الوسائل المتبعة لتطوير القانون، إلا أن هذه الشعوب جميعاً أمكنها أن تبتدع وسائل عامة للتطوير يمكن حصرها في وسائل ثلاثة(٢).

الوسائل العقلية: فقد كان الحكام والمشرعون يتدخلون لمواجهة سنة التطور باستخدام الوسائل العقلية وأهما القياس، ثم تلك الوسيلة الناجحة في العالم القديم وهي وسيلة «الحيلة» أو «الاحتيال على النصوص القانونية» أو «الافتراض القانوني»، وهي تأتي حال كسل المشرع عن مواجهة كل جديد. إذ أنه والمجتمع البشري آخذ طريقه على سلم التطور،

---

(١) دكتور/ صوفي أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، طبعة ١٩٩٢ ، الناشر دار النهضة العربية، ص٢١١ ومابعدها.

(٢) دكتور/ هشام علي صادق، دكتور / عكاشة محمد عبد العال: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٣٥ .

لاحظ الفقهاء والقضاة - بحكم اتصالهم المباشر بظروف الحياة وتطبيق القانون - تطور المجتمع وشعور الناس بحتمية تعديل بعض القواعد القانونية لمواجهة مستجدات الحياة، الخاصة أم العامة، ولما لم تكن هناك من نصوص قبض أيديهم فلم يكن هناك بد من التحايل على النصوص القائمة أثناء توسيع دائرة تطبيقها أو الحد من مجال استعمالها أو خلق نظم قانونية جديدة - عن طريق التحايل - لإدخالها تحت حكم النصوص القائمة.

الوسائل الفلسفية: من الطرق الفلسفية التى حركت القانون من ركوده وأخذت به صوب آفاق عادلة وأكثر إنسانية فكرة العدالة والقانون الطبيعى، وكان لهذا العامل الفلسفى عظيم الأثر فى تطوير الشرائع القديمة. فمع رقى المجتمع، وظهور التضامن بين أفراد الجماعة، وانتشار الأفكار الإنسانية والأخلاقية، بدأ المجتمع عن طريق القابضين على سلطة التشريع والقضاء فى الاحتكام إلى روح العدالة التى تهديهم إلى الحكم السديد.

الوسائل التشريعية: وهى النصوص التشريعية التى تصدرها الدولة من خلال مجالسها التشريعية وصياغتها فى مواد قانونية لمواجهة سنة التطور، عن طريق أعضاء المجالس التشريعية وقيامهم بدورهم فى صناعة القانون، فى ضوء ما توصل إليه الفقهاء والقضاة أو قيامهم بهذه المهمة - كما فى العصر الحالى - من واقع المجتمع(١).

هذه الوسائل الثلاث تضافرت فى تقديم تحول عظيم لمسيرة القانون فى الماضى كما فى العصر الحاضر، إلا أن ذلك لا يعنى أن هذه الوسائل

---

(١) دكتور/ محمود السقا: أضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، طبعة ١٩٩١، الناشر دار النهضة العربية ، ص١٣٣ ومابعدها

لعبت دوراً متماثلاً فى مختلف التشريعات وعند مختلف الشعوب، كما أن هذه الوسائل ليست على درجة واحدة من الأهمية بالنسبة لتطوير القوانين(٢).

ولا شك في أن هذه الوسائل لم تظهر في وقت واحد، بل ظهرت بالتدرج وخلال فترات زمنية متفاوته. فنتيجة للتطور الاجتماعى، وتحت

---

(١) دكتور/ على محمد جعفر: تاريخ القوانين، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ١٩٩٨، ص١٣٦ .

يختلف «الافتراض» عن «العدالة» فى أن الافتراض يعمد إلى تعديل القواعد القانونية بطريق غير مباشر، فهو يعدل القواعد القانونية مع احترام النصوص فى ظاهرها، ولذلك سمى بحق «أكذوبة محبوكة الأطراف أملتها الضرورة»، أما العدالة فهى تعمل على تعديل القواعد القانونية بطريق مباشر ، فهى تعدلها صراحة.

ويختلف «الافتراض» عن التشريع» فى أن الأخير يعدل نصوص القانون صراحة، بعكس الافتراض. كما أنه يستمد قوته من السلطة الحاكمة التى يحق لها فرض أوامرها على المحكومين، أما الافتراض فلا يستمد قوته من السلطة العليا فى الدولة، بل يستمدها من ضرورات الحياة العملية، هذه الضرورات هى التى تدعو الناس إلى استعماله مع علمهم أنه لا سند له من القانون.

وتختلف «العدالة» عن «التشريع» فى أن العدالة تستمد قوتها من سمو مبادئها واتفاقها مع العقل السليم، وفى أنها تستهدف دفع الظلم عن الناس. أما التشريع فيستمد قوته من السلطة المختصة التى أصدرته. بيد أن الوسيلتين تتفقان فى أن كلتيهما تستطيع تعديل القانون مباشرة صراحة.

دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢١٣ .

دكتور/ عمر ممدوح مصطفى: أصول تاريخ القانون ، الإسكندرية ١٩٥٢، ص٩٣ .

ضغط الاعتبارات العملية لجأ الفقهاء والقضاة للتحايل على النصوص القائمة فى سبيل تخفيض آثار بعض النظم القانونية، أو فى سبيل استحداث نظم قانونية جديدة. وفى مرحلة لاحقة وبسبب الظروف العامة التى انتابت الحياة الاجتماعية فى مختلف نواحيها وارتقائها من الناحية الفكرية والأخلاقية، فقد إنتشر مبدأ العدالة واحتكم الناس إليه ليهتدوا إلى الحكم السليم بطريق صريح ومباشر. أما المرحلة الأخيرة من التطور فقد ظهر التشريع فيها كوسيلة لإلغاء أو تعديل أو استحداث القواعد القانونية بما يتلائم مع التطورات والضرورات العملية فى المجتمع(١)، سواء بتبنى النتائج التى توصل إليها الفقه والقضاء باستعمال الحيل القانونية، أم باستلهام مبادئ العدالة ومراعاة مصالح الناس(٢).

وسوف نعرض فيما يلى الدور الذى لعبته كل وسيلة من هذه الوسائل الثلاث فى تطور القانون.

المبحث الأول

دور الإفتراض «الحيلة» فى تطور القانون

الافتراض، باعتباره وسيلة عقلية من وسائل تطور القانون، يعد من أهم الوسائل التى لجأ إليها القائمون على تطبيق القانون وتفسيره قديماً، ومازالوا أيضاً يلجأون إلى هذه النظرية فى تطبيقات عديدة فى العصر الحديث،

---

(3) S[illegible] nry Sumner Maine: Ancien law, 1920, p. 27 et 82 .

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون ، ص٢٨٨ .

خاصة أن كثير من المسائل الواردة فى القانون الوضعى الحديث مازال الخلاف يدور حول مدى اعتبارها من تطبيقات الافتراض[١].

المطلب الأول
المفهوم الفنى لنظرية الافتراض

يتطلب توضيح المفهوم الفنى لنظرية الافتراض أن نقوم بتعريف ماهية الافتراض، ثم نقوم بتحديد طبيعة الافتراض، وبيان وظائفه، ثم نقوم بتمييز الافتراض عن بعض الأفكار القانونية الأخرى التى قد تشتبه معه، وأخيراً نعرض للأسباب التى أدت إلى نشأة نظرية الافتراض[٢].

---

(١) هناك الكثير من الأفكار التى تعرض بصدد الدراسة الوضعية لا تتفق مع الحقيقة، بل تخالفها تماماً، ويتم الاكتفاء بمجرد الإشارة إلى أنها من قبيل الافتراض أو المجاز القانونى. مثل فكرة العقد الاجتماعى فى مجال القانون العام، وفكرة الشخصية الاعتبارية وقاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون وفكرة العقار بالتخصيص والمنقول بحسب المآل وفكرة الأثر الرجعى للقسمة والبطلان والفسخ فى مجال القانون الخاص. انظر فى تفصيلات هذا الخلاف بحثنا «الافتراض القانونى بين النظرية والتطبيق»، المنشور بالمجلة العلمية لكلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد الثالث عشر، ٢٠٠٠ / ٢٠٠١م، ص٥٨٣ - ٦١٩ .

(٢) انظر فى تفصيلات هذه الموضوعات، بحثنا «الافتراض القانونى بين النظرية والتطبيق» المنشور بالمجلة العلمية لكلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد الثالث عشر، ٢٠٠٠ / ٢٠٠١م، ص٤٨٣ - ٥٢٥ .

الفرع الأول
ماهية الافتراض

يمكن تعريف الافتراض بأنه «وسيلة عقلية لازمة لتطوير القانون، تقوم على أساس افتراض أمر مخالف للواقع، يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصه»(١).

---

(١) انظر فى تعريف الافتراض فى الفقه الغربى:
- Geny (F.): Science et technique en droit, T.3, 1921, No 240.
- Dabin: La technique de l'elaboration du droit positif, especialement en droit civil, 1935, p. 283.
- Roger (René): Du rôle de la fiction en droit, G.P., 1935, p. 37.
- Corne (Henri): De la fiction du Postliminium et la fiction de la loi Cornélie, Thése, Dijon 1895, p. 2.
- Dumeril (Henri) : Les fictions juridiques, leur classification, leur origines, Revue General de droit de la legislation et de la jurisprudence en France et a l'etranger , 1882, p. 448.
- Breth De la Gressaye, et Labord lacoste : Intrduction Générale à l'étude du droit, Paris 1947, No 187.

وقد عرف الفقيه «إهرنج» الافتراض بأنه «كذب فنى تقتضيه الضرورة».
"Un mensonge technique consacré par necessité" Ihering (R.Von): L'esprit du droit romain, T. IV, p.259 .

وانظر فى تعريف الافتراض فى الفقه العربى: =

يتضح من هذا التعريف بجلاء أن الافتراض لا يعدو أن يكون وسيلة عقلية لازمة لتطور القانون، وأنه يؤدى وظيفة هامة يصعب تحقيقها بوسائل أو أساليب أخرى، وهى تعديل حكم القانون دون نصه. ولكى يمكن

= دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢١٤ .

دكتور/ هشام على صادق، دكتور/ عكاشة محمد عبد العال: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٣٧ .

دكتور/ فتحى المرصفاوى: تكوين الشرائع، الناشر دار النهضة العربية، ص١٨٧ .

دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٩١ .

دكتور/ علي محمد جعفر: تاريخ القوانين، ص١٣٨ .

دكتور/ عباس العبودى: تاريخ القانون، ص٥٩ .

دكتور / عبد المنعم درويش : مقدمة فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية،الطبعة الأولي ١٩٩٧، ص١٨٧ .

دكتور/ عبد العزيز شوكت: البدر الساطع في أصول النظم والشرائع، طبعة ١٩٩٠ / ١٩٩١ ، الناشر مكتبة النصر، ص٣٥٦ .

دكتور / طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص٢١٠ .

الأستاذ / على بدوى: أبحاث التاريخ العام للقانون ، ص٤٦ .

وقد عرفه الأستاذ الدكتور/ منصور مصطفى منصور بأنه : «إلباس الخيال ثوب الحقيقة والواقع، لتحقيق أثر قانونى معين، ما كان ليتحقق لولا هذا الافتراض الكاذب» انظر مؤلف سيادته: المدخل للعلوم القانونية، طبعة ١٩٦٠، مطابع دار الكتاب العربى بمصر، ص١٧٦ .

اللجوء إلى الافتراض كوسيلة من وسائل تطور القانون، ينبغى أن تكون هناك حالة واقعية لا مجال لتنظيمها بنص فى القانون ويراد على الرغم من ذلك تطبيق حكم القانون عليها والاستفادة من كل آثاره دون أن يحدث تغيير فى نص هذا القانون على الرغم من تغيير حكمه، فيتصدى الفقيه لهذه الحالة بافتراض أن هذه الحالة الواقعية توجد فى صورة وعلى نحو تلك الحالة التى ينظمها القانون وذلك على خلاف الواقع وبمحض الافتراض والتصور(١).

فالحيلة أو الافتراض القانونى، ينطوى دائماً على تجاهل للواقع الملموس، أو تجاهل للحقائق الثابتة، بغية الانحراف بالقاعدة القانونية إلى غرض آخر أو تجاهل وجودها(٢).

وقد ثار خلاف بين الفقهاء بشأن ما يقصد بالحقيقة التى يقوم الافتراض على مخالفتها، ولبيان الحدود الحقيقية للمشكلة قرر الفقه أنه لا يقصد بمخالفة الحقيقة تلك المخالفة التى تتضمنها كل قاعدة قانونية، إذ أن كل قاعدة قانونية تتضمن قدراً من مخالفة الحقيقة نظراً لصياغتها فى صورة مجردة بعيداً عن ظروف تطبيقها العملى، ولكن يقصد بمخالفة الحقيقة المخالفة الصريحة المقصودة التى يتضمنها الافتراض(٣).

---

(١) دكتور/ عبد العزيز شوكت: البدر الساطع فى أصول النظم والشرائع، ص٣٥٧ .

(٢) دكتور/ مصطفي صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٩٢ .

(3) Dekkers (René): La fiction juridque, étude de droit romain et de droit comparé, Thèse, Paris 1935, p. 19.

• Dabin : La technique de l'elaboration du droit positif, specialement en droit civil, 1935, p. 282. =

وعلى ذلك ينبغى أن تستبعد تلك المخالفة الحقيقية التى تتضمنها كل قاعدة قانونية نتيجة صياغتها فى صورة عامة مجردة، فالصياغة القانونية وهى تحاول ضبط الواقع تقوم على تصور ذهنى تحكمى إلى حد ما حتى يتيسر الوصول إلى غايات عملية معينة. فالصياغة الفنية للقواعد القانونية فى صورة عامة مجردة قد تجعلها غير مطابقة للحقيقة فى بعض الأحيان، ويأتى ذلك لأن المشرع إنما يبنى تصوره على الاحتمالات الغالبة والراجحة فى الحياة العملية، بحيث يأتى تعميمه فى الاتجاه العادى والطبيعى للأمور. وبذلك ينبغى عدم الخلط بين المخالفة الجزئية للواقع والتى تنطوى عليها كل قاعدة قانونية، وبين الافتراض القانونى، لأن هذا الأخير لا يخالف الحقيقة عرضاً وبصورة جزئية، وإنما يقوم على أساس أنه دائماً أبداً مخالف للحقيقة والقانون معاً مخالفة صريحة ومقصودة(١).

وفى سبيل تحديد المقصود بالحقيقة التى يخالفها الافتراض القانونى انقسم الفقه إلى ثلاثة اتجاهات: الأول يذهب إلى أن الافتراض يقوم على مخالفة الحقائق الطبيعية، والثانى يرى أن الافتراض يقوم على مخالفة الحقائق القانونية، أما الثالث فهو اتجاه مختلط.

أولاً: الافتراض يقوم على مخالفة الحقائق الطبيعية:

يذهب أنصار ذلك الاتجاه إلى أن الافتراض يقوم على مخالفة الحقائق

= دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى: الافتراض ودوره فى تطور القانون «دراسة نظرية وتطبيقية لفكرة الافتراض القانونى»، طبعة ١٩٨٠، مجموعة البحوث القانونية والإقتصادية التى تصدرها كلية الحقوق بجامعة المنصورة، ص٨.

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٩٢.

الطبيعية[١]. وهى تتمثل فى مجموعة من الحقائق المادية السابقة فى الوجود على القاعـدة القانونيـة، وبالتالى تكون سابقـة على الحقيـقة القـانونية التى تشتمل عليها تلك القاعدة القـانونية، فالوجود المادى أسبق من حيث النشأة من الوجو القانونى. فالقاعدة القانونية وما يتولد عنها من حقائق قانونية تجد أسـاسهـا فى حقـائق الحيـاة المادية[٢]. أمـا إذا خالف الافـتـراض الحقـائق القانونية، أى الأحكام القـانونية الفنية التى صنعها المشرع بنفسه، فإن الأمر يخـرج عن نطاق الافتـراض ليدخل فـى دائرة إلغاء القـانون، أو الاستـثناء الذى يرد على القواعد العامة[٣].

ويقسم أصحاب ذلك الاتجاه الحـقيقة الطبيعية - التى تعد مـخالفتها حيـلة قانونيـة - إلى ثلاثة أنواع: الحقـيقـة التاريخـية، والحـقيقـة العلمـية، والحقيقة الفلسفية.

(1) Geny (F.) : Science et technique en droit, T.3, 1921, p. 370.

• Dabin : La technique de l'elaboration du droit positif, specialement en droit civil, 1935, p. 284 .

(١) دكتور/ عبد المنعم درويش : مقدمة فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص١٩٠ .

(٢) دكتور/ منصور مـصطفى منصور : نظـرية الحلول العينى وتطبيقـاتها في القانون المدنى المصرى، رسالة دكتوراه، ١٩٥٦، ص٩٧ .

وقـد ضـرب أنصار هـذا الرأى مثـالاً لذلك بحـاله القـاصـر المأذون له بمبـاشـرة بعض التصرفات القانونية، فالقاعدة العامـة تحرم القاصر من إتيان الأعمال القانونية حتى بلوغ سن الرشد، ولكن استثناء من ذلك أجيز للقاصر - لمصلحـته وفقاً لشـروط معينة - إتيان بعض الأعمال القانونية. ذلك الإذن لا يعد حيلة قانـونية، ولكنه مجرد استثناء يتمثل فى مخـالفة قـاعدة قـانونية من خلق المشـرع الذى يستطـيع أن يلغيـها أو يورد ما يـشاء من استثناءات عليها.

الحقيقة التاريخية : تعد الحقيقة تاريخية إذا كانت الواقعة المكونة لها ثابتة من الناحية التاريخية(١). والحيلة التي تقوم على مخالفة الحقيقة التاريخية هي تلك التي تقرر أنه قد حدث مالم يحدث في الحقيقة والواقع، أو تقرر عدم حدوث ما قد حدث فعلاً. ومثال ذلك، اعتبار الأسير الروماني قد مات قبل وقوعه في يد الأعداء، حتى تظل وصيته قبل أسره صحيحة، وقد تضمن قانون «كور نيليا» هذا الافتراض، حيث افترض وفاة المقاتل الروماني قبل وقوعه في الأسر، واللجوء إلى ذلك الافتراض يجد سببه في أن تظل تصرفات المقاتل التي أجراها قبل وقوعه في أيدي الأعداء نافذة من الناحية القانونية، وذلك حتى يمكن نقل التركة إلى الورثة، فالوقوع في الأسر يرتب صفة العبودية، وبالتالي فإن وفاة الأسير حال الأسر كان يعني - في ظل نصوص القانون الروماني - وفاته في حالة الاسترقاق، وهو ما كان يحول دون نقل التركة إلى الورثة. فهذا الافتراض يخالف الحقيقة التاريخية التي تؤكد حياة المحارب الروماني وأنه لم يمت قبل الأسر(٢).

---

(١) دكتور/ عبد المنعم درويش : مقدمة في تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص١٩٢ .

(٢) دكتور/ أبو زيد عبد الباقي مصطفى: الإفتراض ودوره في تطور القانون، ص٩ .

دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٩٤ .

ومثال ذلك أيضاً، اعتبار الجنون المتقطع - أي الجنون الذي تخلله فترات إفاقة - جنوناً مستمراً، مع ما يترتب على ذلك من ترتيب البطلان على التصرفات التي تقع من المجنون وهو في فترة الإفاقة. فهنا ينكر القانون حالة الإفاقة ، ويعتبرها كأن لم تكن.

ومثال الحيلة التي تستند على واقعة مخالفة للحقيقة التاريخية في القوانين المعاصرة، ما جاء في المادة ١١٨٧ من القانون المدني الفرنسي فيما يتعلق بالالتزامات الشرطية، فقد افترض المشرع الفرنسي تحقق الشروط في حالة ما إذا كان المدين بالإلتزام الشرطي هو =

الحقيقـة العلمية: تستند الحقيـقة العلمية على معطيـات محددة وثابتة علمياً، مثال ذلك تحديد بداية اكتساب الإنسان للشخصية القانونية ونهايتها بواقعتى الميلاد والوفاة، ومن ثم فإن الحيلة فى نظر ذلك الرأى تتمثل فى أمر مخالف لتلك الحقيقة، مثال ذلك افـتراض بقاء المورث علي قيد الحياة حتى يتم قبـول الوارث أو الورثة للتركة، وذلك حـتى لا تترك التركة شـاغرة بلا مالك خلال الفترة الممـتدة من وفاة المورث إلى حين قبول الوارث أو الورثة لها. فالمكنة التى كان يتمـتع بها الوارث أو الورثة فى ظل القانون الرومانى - والتى بمقتـضاها يمكنه أو يمكنهم قـبول أو رفض التركـة - دفعت فقـهاء ذلك القانون إلى اللجوء إلى الاحـتيال بافتراض بقاء المتـوفى حياً إلى حين إفصاح الـورثة عن إرادتهم بقبول أو رفض التركـة، وذلك حتى لا توصف التـركة بأنهـا شاغـرة. ويكمن سبب اللجـوء إلى الافتـراض فى أن التـركة كانت تنتقل بعنصريها السلبى والإيجابى إلى الورثة[١].

= الذى يحول دون تحـققه. فهـذه القاعدة تـضمن مخالفـة لحقيـقة تاريخية هى عـدم تحقق الشرط. وقد كان هذا الحكم مـقرراً في المشروع التمهيـدى للقانون المدنى المصرى ولكنه حذف فى لجنة المراجعة، حيث كانت تنص المادة ٣٣٨ / أ من المشروع الـتمهيدى «يعتبر الشرط قـد تحقق إذا كان الطرف الذى له مـصلحة فى أن يتخلف قـد حال بطريق الغش دون تحققه».

(١) ويلاحظ فى هذا الصـدد بأن الأمـر على خـلاف ذلك فى الفـقـه الإسـلامى، حـيث أن القاعدة هى أنه (لا تركـة إلا بعد سداد الديون)، بمعنى أن التركـة لا تنتقل إلى الورثة إلا بعد سـداد الديون التى على الموث منهـا. انظر دكتـور/ عبـد المنعم درويش: مقـدمة فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص١٩١ .

ومن أمثلة مخالفة الحقائق العلمية أيضاً، افتراض أن الأشياء القابلة للحركة بطبيعتها ثابتة=

الحقيقة الفلسفية: مخالفة الحقيقة الفلسفية قد تكون مخالفة لمبدأ السببية، أو لمبدأ الذاتية، أو لمبدأ عدم التناقض.

فمن المسلم به أن الشئ يدور مع سببه وجوداً وعدماً، فكل منها مرتبط بالآخر، ومن ثم فإنه من المقرر أن السبب ليس له أى أثر قبل اللحظة التى يتقرر فيها تحققه. ولذلك فإن بعض الأحكام التى تقرر أثراً رجعياً لوقائع معينة، هى أحكام مخالفة لمبدأ السببية، ومخالفة بالتالى لمنطق الأشياء، وتعتبر من قبيل الحيل القانونية. ومع ذلك فقد أخذ المشرع المصرى - فى بعض الحالات - بفكرة الأثر الرجعى للشرط، بحيث إذا تحقق الشرط استند أثره إلى وقت نشوء الالتزام (المادة ٢٧٠ من القانون المدنى المصرى)، وهذا يعتبر مخالفة وتحايلاً على مبدأ السببية الذى يقضى بأن الشئ لا يوجد قبل سببه، وكان هذا يؤدى إلى القول بأنه لا أثر للسبب إلا من وقت تحققه، ويخالف كذلك مبدأ عدم التناقض الذى لا يجيز أن يعتبر التصرف فى مجموعة بسيطاً، ومعلقاً على شرط فى نفس الوقت[1].

= (العقار بالتخصيص)، وافتراض أن الأشياء الثابتة بطبيعتها قابلة للحركة (المنقول بحسب المآل)، وذلك على عكس ما هو ثابت علمياً من أن تحديد طبيعة الشئ من حيث كونه منقولاً أو عقاراً يتم على ضوء طبيعة الشئ ذاته والحالة التى يكون عليها فى لحظة هذا التحديد.

(١) دكتور/ سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون، طبعة ١٩٧٤، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، ص٤٠٤ .

• Dabin: La technique de l'elaboration du droit positif, specialement en droit civil, 1935, p. 297 et s.

وأنظر كذلك - فى نطاق المقارنة - رأى : =

وعندما يقرر المشرع نظام الوفاء مع الحلول، ومؤداه أن الوفاء بالدين لا يؤدى إلى انقضاءه، بل يظل الدين قائماً بعد الوفاء به ويحل فيه الموفى محل الدائن إذا توافرت شروط معينة (المواد من ٣٢٦ حتى ٣٣١ من القانون المدنى المصرى)، فإنه يصنع نظاماً مخالفاً لطبيعة الأشياء، لأن الوفاء بحسب طبيعته ووفقاً لمبدأ الذاتية، يؤدى إلى انقضاء الالتزام ولذلك فإن نظام الوفاء مع الحلول ينطوى على حيلة قانونية، قصد بها المشرع حماية مصلحة الموفى فى استرداد ما وفاه[1].

كذلك عندما يقرر المشرع قاعدة الأثر الرجعى للقسمة، والتى تقرر أنه

• Demogue: Les notions fondamentales du droit privé, 1911, p.243.

كذلك فإن أخذ المشرع المصرى بفكرة الأثر الرجعى للقسمة، والتى تقرر أنه يعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع، وأنه لم يملك غيرها شيئاً فى بقية الحصص (مادة ٨٤٣ من القانون المدنى المصرى)، ينطوى على مخالفة لمبدأ فلسفى هو مبدأ السببية، لأن الأثر الرجعى يعنى أن القسمة لم تصنع شيئاً، ومن ثم لم يكن هناك مبرر لوجودها، كما أنها تنطوى أيضاً على مخالفة للحقائق التاريخية التى تؤكدوجود حالة الشيوع قبل القسمة.

(١) دكتور/ مصطفى صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٩٥ .

• Geny (F.) : Science et technique en droit, t. 3, 1921, p. 380 .

• Dabin: La technique de l'elaboration du droit positif, spe[illegible]lement en droit civil, 1935, p. 293.

وانظر كذلك - فى نطاق المقارنة - رأى :

• Demogue: Les notions fondamentales du droit privé, 1911, p. 243 et s.

«يعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئاً فى بقية الحصص» (المادة ٤٨٣ من القانون المدنى المصرى)، فهو يضع قاعدة لاتخالف فحسب الحقيقة التاريخية فى استمرار الشيوع فترة من الزمان، بل هى تخالف أيضاً واقعة حدوث القسمة، لأنه إذا كانت ملكية كل متقاسم مفرزة منذ أن تملك فى الشيوع، فمعنى ذلك أن القسمة لم تصنع شيئاً ولم يكن هناك مبرر لوجودها. فالأثر الرجعى للقسمة هو فى الواقع إنكار لحدوث القسمة ذاتها، وطبقاً لمبدأ عدم التناقض فإنه لا يمكن اعتبار الشيوع قد وجد ولم يوجد فى نفس الوقت، واعتبار أن القسمة قد وقعت ولم تقع فى نفس الوقت. فالأثر الرجعى للقسمة يقوم على مخالفة لمبدأ عدم التناقض، ويعطي مثالاً واضحاً للحيلة القانونية المخالفة للمبادئ الفلسفية(١).

ثانياً: الافتراض يقوم على مخالفة الحقائق القانونية:

يذهب أنصار ذلك الاتجاه(٢)، إلى أن الافتراض لا يقوم على مخالفة الحقائق الطبيعية - كما يذهب أنصار الاتجاه الأول - وإنما يقوم على

---

(١) دكتور/ سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون، ص٤٠٤ .

• Geny (F.): Science et technique en droit, T.3, 1921, p. 405 et 406.

• Dabin: La technique de l'elaboration du droit positif, specialement en droit civil, 1935, p. 294 et s.

(2) Demogue: Les notions fondamentales du droit privé, 1911, p. 243 .

• Dekkers: La fiction juridique, étude de droit romain et de droit comparé, Thése, Paris 1935, p. 243 . =

مخالفة الحقائق القانونية[١].

والدليل الذى يستند عليه أصحاب ذلك الاتجاه هو فكرة الأثر الرجعى للقسمة، فالرجعية ما هى إلا قاعدة مجازية (افتراض) لأنها تتضمن مخالفة واضحة لحقيقة قانونية مضمونها هو أن الحق المقرر لكل شريك لا ينشأ إلا بالقسمة[٢]. كما أن الاعتراف للشخص المعنوى بالقدرة على اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، أى الاعتراف له بشخصية قانونية متميزة ومنفصلة عن الشخصية القانونية لمن يمثلونه ، يعد دليلاً لأنصار ذلك الاتجاه القانونى، فمن المسلم به أن الشخص الطبيعى هو وحده القادر على اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، وتقرير تلك المكنة للشخص المعنوى لم يكن ليتحقق إلا عن طريق اللجوء إلى الحيلة والافتراض[٣].

ثالثاً: الاتجاه المختلط:

حاول جانب من الفقه التوفيق بين الاتجاهين السابقين[٤]، فذهب إلى

= وانظر كذلك - فى نطاق المقارنة - رأى :

- Lecoq (Lucien): De la fiction comme procédé juridique, Thèse, Paris 1914, p. 223 et s.

(١) دكتور/ أبو زيد عبد الباقى مصطفى: الافتراض ودوره فى تطور القانون، ص١١ .

(٢) دكتور/ منصور مصطفى منصور: نظرية الحلول العينى وتطبيقاتها فى القانون المدنى المصرى، ص٩٨ .

(٣) دكتور / عبد المنعم درويش: مقدمة فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص١٩٥ .

(٤) انظر فى تفصيلات هذا الرأى :

أن الافتراض يتحقق حينما تطبق قاعدة قانونية مرتبطة بحالة مادية معينة علي حالة أخرى، مع تجاهل الخصائص المميزة لهذه الحالة الأخيرة. وقد ربط أصحاب هذا الرأى بين الاتجاهين السابقين، وذهبوا إلى أن مخالفة الحقيقة القانونية لا يعتبر مجازاً (افتراضاً) إلا إذا كانت تلك الحقيقة مرتبطة بحقيقة مادية لا توجد فى الحالة الجديدة التى امتد إليها حكم القاعدة، فإن هذا العنصر الجديد - وهو تجاهل اختلاف الحالة المادية (مخالفة الحقيقة الطبيعية) - هو الذي يجعل من القاعدة مجازاً (افتراضاً) قانونياً(١).

وبذلك لم يغلب أنصار ذلك الاتجاه أحد العنصرين على الآخر، بل حاولوا التوفيق والمزج بينهما. فالافتراض ليس فقط مخالفة لحقيقة مادية (طبيعية)، وليس كذلك مخالفة لحقيقة قانونية، ولكنه مزيج منهما معاً. فالافتراض وفقاً لأنصار ذلك الاتجاه يتحقق فى فرضية تطبيق قاعدة قانونية خاصة بحالة أو بواقعة مادية معينة علي حالة أخرى، رغم اختلافهما من حيث الطبيعة والخصائص ونقطة البداية فى نظر هؤلاء الفقهاء - فى محاولتهم للتوفيق بين العنصر المادى والقانونى - هى العنصر المادي أو الحقيقة الطبيعية ذاتها، فهى الأساس فى وجود الافتراض من عدمه، فإذا تحققت هذه المخالفة الأخيرة (أى مخالفة الحقيقة الطبيعية) فإنها تؤدى

= • Houin: Le probléme de fiction en droit privé, Trav. de l'association Henri Capitant, T.3, 1948, p. 242 et s.

مشار إليه برسالة الدكتور/ منصور مصطفى منصور: نظرية الحلول العينى وتطبيقاتها فى القانون المدنى المصرى، ص٩٧ - ٩٨.

(١) دكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى: الافتراض ودوره في تطور القانون، ص١٢ .

بالضرورة إلى مـخالفة الحقـيقة القانونيـة، وبالتالى نكون أمام حيلة قـانونية بالمعنى المقصـود. أما العكس فإنه ليس بصـحيح ولا يتحقق به الافـتراض، بمعنى أنه إذا تبين أن قـاعدة قـانونية مـعينة تنطوى علـي مخالـفة للحـقيـقة القـانونية، فـإن ذلك لا يؤدى بالضرورة إلى مـخالفـة الحقـيقـة الطبـيعـية، وبالتالى - ترتيباً على تلك النتيجـة - لا يمكن القول بأننا أمام حيلة شرعية، فلابد - دائماً وأبداً - من مـخالفة الحقيقـة الطبيعية، أما إذا لم تقع مـخالفة لهذه الحـقيـقة فإن الحـقيـقة القانونـية وحدها لا تؤدى إلى قـيام الافـتراض القانونى(١).

---

(١) دكتور/ عبد المنعم درويش: مقدمة فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص١٩٦ .

ويذهب الدكتور / أبو زيد عبـد الباقى مصطفى - متفقاً فى ذلك مع الأسـتاذ الدكتور/ منصـور مصطفى مـنصور - إلى أن : «الافـتراض يقـوم دائمـاً على مخـالفـة الحقـيقـة الطبيـعية، ومتى تحقـقت مخالفة الحـقيقة الطبـيعية، فـإنها تؤدى بالضرورة إلي مـخالفة الحقيقة القانونية. ولكن مخالفة الحقـيقة القانونية وحدها لا تؤدى بالضرورة إلى مخالفة الحقيقـة الطبيعية، ومن ثم لا تؤدى إلى القول بوجود الافـتراض. وعلى ذلك فإن كشف الافتراض القـانونى فى قاعدة من القواعد، يقـتضى أولاً البحث فيمـا إذا كانت تخالف قاعدة قانونية أم لا، فإن لم تخالف قاعدة قانونية فلا مجال للقول بالافتراض. وإذا ثبت أنها تخالـف قاعدة قانونية فـإن هذا لا يعنى وحده وجود افتـراض ، وإنما يجب البحث فيما إذا كانت القاعدة تخـالف - إلى جانب مخالفتها للحقيقة القانونية - حـقيقة طبيعة أم لا، فإذا ثبت أنها تخالف حقيقة طبيعـة قلنا بتحقق الافتراض، وإذا لم تخالف الحقيقة الطبيعية، فإن مخالفة الحقيـقة القانونية وحدها لا تؤدى إلى القول بتحققه»، انظر مؤلف سيـادته : الافتـراض ودوره فى تطور القانون، ص١٢ . وانظر كـذلك دكـ منصور مصطفـى منصور: نظرية الحلول العينى وتطبيـقاتها فـى القانون المدنى المصـرى، رسالة دكتوراه، ص٩٩ .

الفرع الثانى
وظائف الافتراض

يعتبر الافتراض وسيلة هامة من وسائل تطور القانون، وهو يقوم بوظيفتين رئيسيتين : وظيفة تاريخية ووظيفة علمية(١).

---

(١) من الملاحظ أن تحديد وظائف الافتراض لم تحظ باتفاق من جانب الفقه، وإنما اختلفت بحسب نظرة الفقه إلى الافتراض. ويمكن حصر هذا الخلاف فى اتجاهات ثلاثة: نظرية إهرنج (Ihering)، ونظرية ليكوك (Lecoq)، ونظرية دابان (Dabin)، وجنى (Geny).

ويتلاحظ أن الاتجاه الأول قد قام بالتركيز على وظيفة الافتراض، بينما يرتكز الاتجاه الثانى على جوهر الافتراض وطبيعته، أما الاتجاه الثالث فقد ارتكز على دور الافتراض فى مجال صياغة القانون.

انظر فى تفصيلات هذه النظريات :

- Ihering: L'esprit du droit romain, T. 4, p. 296.
- Lecoq (Lucien): De la fiction comme procédé, Thèse, Paris 1914, p. 222 et s.
- Dabin: La technique de l'elaboration du droit positif, specialement en droit civil, 1932, p.323 et s.
- Geny (F.): Science et technique en droit , T. 3, p. 376 et s.
- Sayegh (Joseph): Les fictions en droit privé , Thèse, Dakar, 1968, p. 18 et s.
- Dekkers: La fiction juridique , étude de droit romain et de droit comparé, Thèse, Paris 1935, p. 86 et s.

فعن طريق الافتراض أمكن تعديل كثير من المبادئ القانونية، سواء باستحداث تصرفات قانونية جديدة وإخضاعها للقواعد القانونية الموجودة أم بتعديل نظام التقاضي وتخفيف هذه وهذه هي الوظيفة التاريخية.

كما استعين بالافتراض لتبرير بعض النظم والمبادئ القانونية، وبذلك أمكن فهم القواعد القانونية وسهل تطبيقها، وهذه هي الوظيفة العلمية للافتراض(١).

الفرع الثالث

تمييز الافتراض عن بعض الأفكار المشابهة

تتماثل بعض الأفكار القانونية - في بعض جوانبها - مع الافتراض، بحيث يؤدي هذا التشابه إلى الخلط بينهما أحياناً. ومن ثم فإنه يتعين أن نميز بين الافتراض وبين هذه الأفكار، حتى يتسنى لنا تحديد معناها على وجه الدقة.

أولاً: الافتراض والغش نحو القانون :

الغش نحو القانون عبارة عن وسائل يتبعها الأفراد حتى يمكن تطبيق القانون عليهم، بينما لا يكون هذا التطبيق جائزاً، أو استبعاد تطبيقه، بينما يكون هذا التطبيق واجباً(١).

= دكتور / أبو زيد عبد الباقي مصطفى: الافتراض ودوره في تطور القانون ، ص٣٣ ومابعدها.

بحثنا : الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق، ص٣٤ وما بعدها.

(١) دكتور/ صوفي أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٢٩٥ .

(٢) يختلف الغش نحو القانون عن الصورية، فالصورية تنطوي على تصرف ظاهري غير =

وإذا كان الغش نحو القانون يتفق مع الافتراض في أن كل منهما ينطوى على مخالفة الحقيقة، إلا أن هذا التشابه يجب ألا يؤدى إلى الخلط بينهما حيث أن الفارق بينهما جوهرى، ويتمثل فى أن الذى يخالف الحقيقة فى الافتراض هو واضع القاعدة القانونية أو من يفسرها، بحيث تكون المخالفة جزءاً من القاعدة نفسها. أما فى نطاق الغش نحو القانون فإن المخالفة تقع ممن يوجه إليهم الخطاب فى القاعدة أى من الأفراد الذين تنطبق عليهم القاعدة القانونية. فالافتراض وصف يلحق بالقاعدة القانونية ويتصل ببنائها، أما الغش نحو القانون فإنه لا يتصل بصياغة القاعدة وإنما يتضمن وسائل يتبعها الأفراد لمخالفة الحقيقة[١].

= حقيقى، فالإرادة الظاهرة للمتعاقدين غير حقيقية. بينما فى الغش نحو القانون يجرى المتعاقدين تصرفاً حقيقياً، أى أن إرادتيهما الحقيقية موجودة، ولكن قصد بها الوصول إلى غرض غير مشروع. دكتور/ عز الدين عبد الله: القانون الدولى الخاص، الجزء الثانى، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدوليين، طبعة ١٩٧٢، ص٥٥٥ هامش رقم ٣ .

والغش نحو القانون يتحقق فى فروع القانون المختلفة، ولكنه يبدو بصورة واضحة فى نطاق القانون الدولى الخاص، وبالذات فى تنازع القوانين، حيث يعمد أصحاب المصلحة الذين تخضع علاقتهم القانونية لقواعد آمرة فى قانون معين، إلى تغيير فى عناصر العلاقة بحيث تصبح وفقاً لقواعد الإسناد خاضعة لقانون آخر. دكتور/ جابر جاد عبد الرحمن: تنازع القوانين، طبعة ١٩٧٠، فقرة ١٨٤ .

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٣٩٨ .

دكتور/ منصور مصطفى منصور: نظرية الحلول العينى وتطبيقاتها فى القانون المدنى المصرى، ص٩٦ .

• Dabin: La technique de l'elaboration du droit positif, specialement en droit civil, 1935, p. 286 .

ثانياً: الافتراض والقرائن القانونية :

القرينة القانونية هي افتراض قانوني يقوم على استنباط مجرد يحدده القانون إعمالاً للواقع العملي الغالب، فتستخلص واقعة مجهولة بناء على ثبوت واقعة أخرى معلومة(١). فالقرينة القانونية إذن هي حقيقة اعتبارية تنتزع من الاحتمال الغالب، ويسلم بها المشرع بقصد ترتيب آثار قانونية معينة(٢). وعلى ذلك فالقرينة القانونية هي افتراض قانوني يجعل الشئ المحتمل أو الممكن صحيحاً، وفقاً لما هو مألوف في الحياة، أو وفقاً لما يرجحه العقل(٣).

والقرينة القانونية بهذا المعنى لا غنى عنها في أي نظام قانوني، لأن القانون لا يستطيع أن ينظم المجتمع تنظيماً قهرياً إلا إذا قطع الشك باليقين(٤).

وتنقسم القرائن من حيث قوتها إلى نوعين(٥): فهناك قرائن بسيطة

---

(١) دكتور/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، دكتور/ محمد ناجي ياقوت، دكتور/ حسن عبد الرحمن قدوس: المدخل للعلوم القانونية «النظرية العامة للقانون»، طبعة ١٩٩٦ / ١٩٩٧م ، الناشر مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ص٢٢١ .

(٢) دكتور/ شمس الدين الوكيل: الموجز في المدخل لدراسة القانون «القاعدة القانونية»، طبعة ١٩٦٧، الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية، ص١٥٧ .

(٣) دكتور/ سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون، ص٣٨٧ .

(٤) دكتور/ سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون، ص٣٨٨ .

(٥) التقسيم الوارد بالمتن هو التقسيم الخاص بقرائن الإثبات. بيد أن القرائن القانونية قد تستخدم أحياناً لتبرير حكم القاعدة القانونية، فهي تقنع بدور العلة والتبرير، وبالتالي =

أو نسبية وهذا هو الأصل، وهناك قرائن قاطعة أو مطلقة وهذا هو الاستثناء. والقرينة البسيطة هى التى يجوز إثبات عكس ما جاء فيها[١]، والقرينة القاطعة هى التى لا تقبل إثبات عكس ما جاء فيها[٢].

ومن ناحية أخرى ، فإن القرائن إما أن تكون قرائن من صنع المشرع، كوسيلة للصياغة المعنوية للقاعدة القانونية، وإما أن تكون قضائية، والتى تتمثل فى استنباط عقلى من جانب القاضى، ولا يستند إلى نص قانونى، حيث تستدل على واقعة متنازع عليها من واقعة أخرى ثابتة، فتكون الواقعة

= تندمج فى حكم القاعدة القانونية ولا يجوز النظر إليها منفصلة، أى لا يجوز التشكيك فيها أو محاولة إثبات عكسها. ومن قبيل القرائن التى تقنع بدور تبرير القاعدة القانونية ما يقرره المشرع بأن حكم المحكمة يتمتع بحجية الأمر المقضى، فهنا نجد أن القاعدة تقضى بأن الحكم يكون صحيحاً فيما قضى به فلا تصح العودة إلى مناقشته إلا بطريق من طرق الطعن المقررة. والقرينة التى تقف وراء هذه القاعدة هى افتراض أن الحكم الصادر من المحكمة هو تعبير عن الحقيقة. فالقرينة فى مثل هذه الصورة لا تظهر بذاتها فى صلب القاعدة القانونية، ولكنها تكمن وراءها كأساس يبرر القاعدة القانونية. دكتور/ شمس الدين الوكيل: الموجز فى المدخل لدراسة القانون «القاعدة القانونية»، ص١٦١ .

(١) من قبيل القرائن البسيطة، قرينة الخطأ المفترض بالنسبة لمتولى الرقابة. فهو يستطيع أن ينفى الخطأ وبالتالى يتخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قد قام بواجب الرقابة.

(٢) من قبيل القرائن القاطعة، قرينة الخطأ المفترض بالنسبة لحارس الحيوان. فلا يجوز لحارس الحيوان أن ينفى الخطأ عن نفسه بإثبات أنه قد قام بما ينبغى من العناية حتى لا يحدث الحيوان الضرر، فالخطأ هنا قائم على قرينة لا تقبل إثبات العكس، والسبيل الوحيد لنفى المسئولية هو إثبات أن الضرر قد وقع بسبب أجنبى غير الخطأ فى الحراسة، مثل القوة القاهرة أو خطأ المصاب بالضرر أو الغير.

الثابتة قرينة على الواقعة الأولى، ويستنبط القاضى القرائن من ظروف الدعوى المعروضة عليه(١).

والذى يهمنا فى هذا الصدد، هو القرائن القانونية باعتبارها طريقة معنوية من طرق الصياغة القانونية، لأنها من هذه الزاوية تتشابه مع الافتراض القانونى فكلاهما يلجأ إليه المشرع فى مرحلة تكوين القاعدة القانونية بقصد تيسير الوصول إلى غايات عملية معينة، وكلاهما أيضاً يقوم على أساس تصور ذهن تحكمى للواقع(٢).

بيد أن معيار التميز بين الافتراض القانونى والقرائن القانونية يمكن فى أن الافتراض هو دائماً أمر مخالف للحقيقة، بينما تقوم القرينة على الاحتمال والترجيح، فهى لا تخالف الحقيقة دائماً وإن كانت - من ناحية أخرى - لا تتفق معها دائماً. وفى الحالات التى تختلف فيها القرينة مع الحقيقة، فإن مخالفة الحقيقة تكون بصفة مؤقتة، إذ يمكن للخصم نقض القرينة وإثبات عكسها ، أى إثبات الحقيقة(٣).

---

(١) وذلك كما لو استدل القاضى على صورية عقد البيع، بناء على صلة الزوجية، أو صلة البنوة التى تربط بين طرفى التصرف، وعدم ملكية المشترى لأى مال. انظر دكتور/ أحمد شوقى محمد عبد الرحمن، دكتور/ محمد ناجى ياقوت، دكتور / حسن عبد الرحمن قدوس: المدخل للعلوم القانونية «النظرية العامة للقانون»، ص٢٢٢ .

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٣٠٠ .

• Marty (Gabriel) et Raynaud (Pierre): Droit civil, T.1, Introduction generale a l'étude du droit, 2 em ed , 1972 , 1972, p.106.

(3) Sayegh (Joseph): Les fiction en droit privé, Thèse, Université =

وعلى ذلك فإن معـيار التميـيز بين الافتراض والقرائـن يتمثل فى أن الافتراض يخـالف الحقيقـة دائماً، أما القرائن فهى تخـالف الحقيقـة أحياناً. إلى جـانب أن القرائن تتـعلق بالإثبـات، بينما يتـعلق الافتـراض بالقواعـد الموضوعية(١).

ثالثاً: الافتراض والصورية:

يقصـد بالصورية اصطناع مظهـر كاذب عند إجراء تصـرف قانونى، بغرض إخـفاء الحقيـقة عن الغير. وقـد يتبادر إلى الذهن أن الصـورية بهذا المعنى تخـتلط مع الافتراض، إذ أن كلـيهمـا يعمل على تغـيير الحـقيـقة أو

= de Dakar, 1968, No. 147.

- Dekkers: La fiction juridique, étude de droit romain dt de droit comparé, Thèse, Paris 1935, No. 33.

(١) ذهب جانب من الفقه إلى الأخذ بمعيار آخر للتفـرقة بين القرينة والافتراض، مقتضاه أن الافتـراض يتعلق بالقانون أما الـقرينة فتتـصل بالواقع. بمعنى أن القاضى حينمـا يعرض عليه نزاع مـعين يقوم بعـمليتين : الأولى البحث فى الواقع المـعروض، وهنا قد يسـتعين بالقـرينة. والثانـية، البـحث فى القـواعد القـانونيـة ومدى انطبـاق حكمـها على الحـالة المعروضة، وهنا قد يستعين بالافتراض.

- Maynau (Jean): Les fiction de contrat dans le code civil, Thèse, Monupiller 1924, p.191.

ولكننا نعـتقـد - مع جانب من الفـقه - أن هذه التـفرقة لا تـصدق إلا فى شأن الـقرائن القضائية، أما القرائن القانونية فركنها القانونى هو نص القانون - وليس الواقع المادى - ومن ثم يظل المعيار المعروض بالمتن هو الأولى بالتأييد.

دكتور/ أبو زيد عبد الباقى مصطفى: الافتراض ودوره فى تطور القانون، ص١٩

تشويهها، إلا أن الفارق واضح بينهما - فالصورية يلجأ إليها المتعاقدان لإخفاء حقيقة التصرف القانوني، أما الافتراض فإنه وسيلة من وسائل الصياغة القانونية يلجأ إليها المشرع، ومن ثم فإنهما يختلفان من حيث مصدر كل منهما. ومن ناحية أخرى فإن الغرض من الصورية هو خديعة الغير باصطناع مظهر كاذب يخفى وراءه تصرفاً حقيقياً آخر، أما الافتراض فهو على العكس من ذلك، إذ لا يهدف المشرع من ورائه إلى خديعة أحد، وإنما يلجأ إليه بهدف تطوير القانون[(١)].

رابعاً: الافتراض والتدليس:

يعرف التدليس بأنه إيقاع أحد العاقدين، بطرق احتيالية، فى غلط يدفعه إلى إبرام العقد. ويستلزم التدليس لتحققه توافر عدة شروط: فينبغى أولاً أن تكون هناك طرق احتيالية قد استعملت بقصد التضليل، ويجب ثانياً أن يكون استعمال هذه الطرق حاصلاً من المتعاقد الآخر أو علي الأقل كان عالماً به أو كان من السهل أن يعلم به، ومن ناحية ثالثة يجب أن يكون هذا التضليل دافعاً إلى التعاقد[(٢)].

ويتفق التدليس مع الافتراض فى أن كلاً منهما يتضمن مخالفة الحقيقة، بيد أن هذا التشابة يجب ألايؤدى إلى الخلط بينهما، حيث أنهما يختلفان من حيث المصدر ومن حيث الأثر. فمصدر التدليس يكون العاقد نفسه أو على الأقل يعلم به أو كان من المفروض حتماً أن يعلم به، بينما

---

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٣٠٠ .

(٢) انظر فى تفصيلات هذا الموضوع، دكتور/ محمود جمال الدين زكى: الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى، الطبعة الثالثة، ١٩٧٨، ص ١٣٧ - ١٥١ .

مصدر الافتراض هو المشرع الذى يضع القاعدة القانونية. ومن حيث الأثر، فإن التدليس فى حالة تحققه يؤدى إلى بطلان العقد وزوال ما ترتب عليه من آثار، أما الافتراض القانونى فإنه لا يؤدى إلى بطلان القاعدة القانونية أو وقف تطبيقها طالما توافرت شروط هذا التطبيق[١].

خامساً: الافتراض والتحليل القانونى:

يقصد بالتحليل القانونى ذلك النشاط الذهنى الذى يقوم به رجال القانون، وموضوعه تحليل القواعد القانونية المختلفة وتصنيفها وذلك بفصل القواعد ذات الأغراض المتباينة عن بعضها، والهدف من ذلك التحليل هو معرفة الغرض الذى وضعت القاعدة القانونية من أجله وجمع شتات القواعد التى تهدف إلى تحقيق غرض واحد[٢]. وبذلك أمكن تحديد معانى الأفكار والمبادئ القانونية المختلفة ومن ثم مجال تطبيق كل منها، ومن هنا ظهرت نظريات قانونية عديدة كنتيجة لتحليل القاعدة القانونية مثل نظرية التصرف القانونى ونظرية التعسف فى استعمال الحق، وكذلك ظهرت العديد من النظم القانونية كنتيجة لتصنيف القواعد القانونية التى تهدف إلى غرض واحد والتى تفرعت عن مبدأ عام واحد، مثل نظام الملكية. وبذلك سهل إدراك المعانى المختلفة للقواعد القانونية المتعددة، ومن ثم أمكن تطبيقها بسهولة على العلاقات الاجتماعية العديدة[٣].

---

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٣٠١ .

• Sayegh (Joseph): Les fiction en droit privé, Thèse, Dakar 1968, No. 112 .

(٢) دكتور/ عبد المنعم درويش: مقدمة فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص١٩٩ .

(٣) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢١٥ .

ويعتمد التحليل القانونى على وسيلتين عقليتين رئيسيتين: صياغة القواعد القانونية فِى صورة مجردة، أى بعيدة عن الملابسات التى أحاطت بظهورها، حتى يسهل إدراكها وفهمها، وصياغة القواعد القانونية فى صورة عامة أى تشمل الجميع ولا تخص شخصاً بعينه، حتى يسهل تطبيقها على الحالات الفردية وتقل المنازعات بشأن تفسيرها(١). وهاتان الوسيلتان العقليتان وإن كان الغرض منهما هو تيسير فهم القانون وتطبيقه، إلا أنهما - بغية تحقيق ذلك الغرض - قد تبعدانه عن الحقيقة الواقعة، وفى هذه الحالة قد يقال أن هذه الوسائل لا تفترق عن الافتراض لأنها كلها قامت على أساس افتراض يخالف الواقع. بيد أن الفرق بين الافتراض وبين هاتين الوسيلتين يظهر فى أن الافتراض يقوم على أساس تجاهل الواقع الملموس بغية الانحراف بالقاعدة القانونية إلى غرض آخر أو تجاهل وجودها، بينما هاتان الوسيلتان الأخريتان لا تتجاهلان قاعدة قانونية موجودة، بل تتجاهلان الواقع الملموس فى بعض الأحيان بغية الوصول إلى خلق قاعدة قانونية، فالصياغة

---

(١) يهدف واضعو القانون من جعل القاعدة عامة مجردة تحقيق العدل والمساواة بين أفراد المجتمع، ومنع التحيز لمصلحة شخص معين أو ضد شخص معين، مما يؤدى إلى وجود نظام واحد مستقر ملزم فى العلاقات القانونية في المجتمع.

ويضاف إلى هذا الهدف الفلسفى القانوني، اعتبار عملى هو استحالة صدور قرارات خاصة تنظم سلوك كل فرد في المجتمع على حدة، لأنه من غير المتصور عملياً حصر كل ما يعرض في المستقبل من فروض ووقائع ووضع حكم لكل منها ينصرف إلى كل شخص بذاته وكل واقعة بعينها، لذلك كان لابد من الالتجاء إلى التجريد فى مواجهة هذه الفروض بحيث تكون العبرة بعموم الصفة لا بخصوص الذات.

دكتور/ محمود عبد الرحيم الديب: الحيل فى القانون المدنى «دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى»، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص٧١ .

الفنية للقواعد القانونية فى صورة مجردة قد تجعلها غير مطابقة للحقيقة فى بعض الأحيان ، أما الافتراض فيقوم على أساس أنه دائماً أبداً مخالف للحقيقة والقانون معاً(١).

---

(١) «ففكرة المال فى لغة القانون فكرة مجردة ظهرت نتيجة لتصور أن كل كل ما هو فى الوجود - عدا الإنسان - يعتبر شيئاً، فإن كان الشئ نافعاً للإنسان ويصح أن يستأثر به دون غيره من الناس - يعنى يملكه - اعتبر الشئ مالاً. فالأرض شئ ومال فى نفس الوقت لأن الإنسان يستطيع أن يستأثر بها، والشمس شئ ولكنها ليست مالاً رغم أنها نافعة للإنسان إلا أنه لا يستطيع أن يستأثر بها دون غيره من الناس. وفكرة الحق هى الأخرى فكرة مجردة، فحق الملكية مثلاً لا وجود له من حيث الواقع الملموس، إذ ليس لدينا سوى أشخاص مالكين وأشخاص غير مالكين.

والحال كذلك حينما تعمد الصياغة الفنية للقواعد القانونية إلى تعميمها حتى تنطبق على الجميع. هذا التعميم قد يبعدها عن الحقيقة ولكنه لازم لضمان تطبيقها . فمثلاً المبدأ القائل بأن «لا يعذر المرء بجهله للقانون» يعنى افتراض أن القانون علم الناس به دائماً ولا يقبل منهم الاحتجاج بعدم معرفته، هذا المبدأ يخالف الواقع فى بعض الحالات ويطابقه فى حالات أخرى، فبعض الناس يعلمون بوجود بعض القواعد القانونية ولكن كثير منهم لا يعلمون شيئاً عن كثير منها، ومع ذلك لا يقبل منهم ذلك العذر ومن ثم يلتزمون به ويطبق عليهم، والسبب الحقيقى فى وجود ذلك المبدأ هو إبعاد تطبيق القانون عن المناقشات التى قد تثور حول العلم به وفى ذلك تسهيل وضمان لتطبيقه. ومن ذلك أيضاً نظام الإرث، فالقانون وضع قواعد معينة تنتقل بمقتضاها التركة إلى الورثة، فهو الذى خص بعض الناس من أقارب المتوفى دون غيرهم بالإرث، وهو الذى حدد أنصبتهم ومراتبهم، كل ذلك بناه القانون على الغالب الأعم بين الناس، ولذلك اعتبر انتقال الإرث إلى الورثة قائماً على أساس الإرادة المفترضة من جانب المتوفي مع أن ذلك قد يخالف الواقع في بعض الأحيان، فقد لا تكون للمتوفى رغبة فى انتقال بعض تركته إلى بعض ورثته، وقد تكون الأنصبة التى حددها القانون للورثة لا تتفق مع رغبة المتوفى الحقيقية =

سادساً: الافتراض والاقتصاد القانوني:

ترتب على تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية وتعقدها، ظهور علاقات جديدة لا يمكن ضبط حدودها ومعرفة حكمها على ضوء القواعد القانونية السارية، نظراً لقلة تلك القواعد من ناحية وعدم تطورها بسرعة تساير تطور العلاقات الإنسانية من جانب آخر، فالحوادث -كما سبق البيان - غير متناهية والقواعد القانونية متناهية[1]. ولذلك أصبح من الضرورى إيجاد الوسائل التى يمكن عن طريقها معالجة القصور الذى يظهر فى القواعد القانونية، وبذلك ظهرت الحاجة إلى ما يسمى بالاقتصاد القانونى. فكما أن الاقتصاد السياسى يعمل على سد حاجات الإنسان المتعددة بموارد

= فالمشرع اضطر إذن إلى تعميم القاعدة القانونية - واضعاً نصب أعينه الشخص العادى فى المجتمع الذى يشرع له - حتى يسهل تطبيقها.

ومن هذه الأمثلة يبين لنا أن صياغة القاعدة القانونية فى صورة مجردة أبعدها فى بعض التطبيقات عن الحقيقة الواقعة، وجعلها مطابقة للواقع الملموس فى بعض التطبيقات الأخرى، أما الافتراض فهو دائماً مخالف للواقع، مثل افتراض أن الجنين قد ولد - حال حياة المورث - حتى يحصل على نصيب من التركة.

هذه الأمثلة تدلنا على أن التحليل القانونى - سواء عن طريق التجريد أم عن طريق التعميم - قد يؤدى إلى صياغة القاعدة القانونية بصورة تخالف ، فى بعض الحالات، الواقع الملموس، ولكن هذه المخالفة لا تصطدم بالقواعد القانونية بل بالواقع وبالحقيقة المادية، أما الافتراض فهو دائماً مخالف للحقيقة ولنصوص القانون معاً» أستاذنا الدكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٢٩٢ - ٢٩٣ .

(١) دكتور/ عبد المنعم درويش : مقدمة فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٠١ .

محـــدودة، فإن الإقتصاد القانونى هو الـــذى يمدنا بالوسائـل التى نستطـيع بمقـتضاها استـنبـاط أحكـــام قانونية، لحكم العلاقات الاجتمـاعية المتجددة والمتعـددة، من القواعد والمبـــادئ الـقانونية المحـدودة والموجودة بين أيدينا. فالاقـتــصاد القـانونى يبين لنا الوسائل التـى نستطيع استـعـمالهـا لتـطوير الـقانون[1].

والوسائل التى يمدنا بهـا الاقتصاد القانونى قـد تكون وسائل بسيطة، وقد تكون مـصطنعة ومعقـدة. ونكون أمام وسائل بسيطة إذا كـان الغرض منها هو تـطبيق قاعـدة قانونيـة على حالات لم توضع أصـلاً من أجلها إذا كـانت هذه الحـالات تتشـابه مع الحـالات التى صـدرت بشـأنها الـقاعـدة القانونيـة وتتحد مـعها فى علة الحكم، ويطلق عـلى الوسيلة المستـعملة هنا القيـاس. ونكون أمام وسـائل مصطنعـة إذا كان القـصد منهـا الوصول إلى غرض مـخالف للغـرض الذى وضعت من أجله القـاعدة القـانونية، أو إذا اعتمدت على وقائع كاذبة باعتبارها صحيحة لكى ينطبق القانون على حالة لم يكن ينطبق عليها من قبل، وهذه الوسائل كلهـا تعمد إلى تعديل القانون لجعله مـلائماً لتطورات المجتـمع دون تعديل فى نصوصـه، وهى ما نعرفـها باسم الافتراض القانونى. فـالافتراض القانونى إذن يعتبـر من أهم تطبيقات الاقتصاد القانونى[2].

---

(١) دكتور/ صوفي أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢١٨ .

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب : مبادئ تاريخ القانون، ص٢٩٤ .

• Ihering: L'esprit du droit romain, T.3, p. 235.

الفرع الرابع

أسباب نشأة الافتراض

كـان الافتـراض - ولا يزال - أحد الوسـائل الهـامة اللازمـة لتطور القانون، وإن كـان دوره فى القوانين الحـديثة لم يعد على ـفس الدرجة من الأهميةالتى كان عـليها فى القوانين القديمة، إلا أنه لايزال واضحـاً فى كثير مس التطبيقات. وإذا كان الافتراض يقوم على مخـالفة الحقيقة، فإن التساؤل يثور عن الأسباب التى تدعو إلى هذه المخالفة، ولهذا التساؤل وجاهته نظراً لأن مخالـفة الحقيـقة ليست من الأمور المسـتحبة، ومس ثم فـيجب أن تكون هناك أسباب ضرورية للقول بها[١]. ويمكن إجمال الأسباب التى دعت إلي استعمال الافتراض فيما يلى.

أولاً: *الأصل الدينى للقاعدة القانونية:*

نشأت الشـرائع القديمة فى أحضـان الديانة، مما أضفى على القـواعد القانونية نوعاً من القدسـية، وترتب على ذلك أن صعب على الناس تعديل تلك القواعد رغم التطورات الاجتماعية والاقتصادية، والتى كانت تقتضى تعديل النصوص القانونيـة، سواء بإلغائها أم بتعديلها أم باسـتحداث قواعد جديدة[٢].

(١) دكتور/ أبو زيد عبد الباقى مصطفى: الافتراض ودوره فى تطور القانون، ص٢٧.

(٢) دكتور/ صوفي أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢١٩.

والمثال على ذلك ما حـدث للهنود اذ أن قانونهم نابع من الدين والعقيدة والبـرهماتية، وقد قام بإعلانه على الناس أحد ملوكهم المؤلهين "سانو" وساعده في ذلك رجال الدين، ولم يصل الهنود إلى فصل القواعد القانونية عما عداها من قواعد السلوك فى المجتمع=

فلم يكن من الممكن فى هذا الصدد تعديل القواعد القانونية التى نالت هذه المكانة فى نفوس الناس، بما أضفى عليها طابعاً من القدسية، عن طريق العدالة كوسيلة من وسائل تطور القانون، لأن أصلها الدينى أو اختلاطها بالقواعد الدينية يضفى عليها طابع العدالة الإلهية التى تسمو على العدالة التى تتحقق على أيدى لبشر أو التى تمليها الضرورة، كذلك لا يمكن للتشريع أيضاً، كأداة من أدوات تطور القانون أن يحقق دوره فى هذا المضمار، لأن القواعد القانونية بأصلها ومصدرها الدينى تسمو على القواعد القانونية التى يسنها البشر، ويكون من غير المفيد إذن أن تمتد يد البشر لتعديلها أو المساس بها عن طريق تشريع وضعى. ومن ثم، يصبح الافتراض، والحال كذلك، هو الوسيلة الوحيدة للمساس بقدسية القواعد القانونية، والمساهمة في تطويرها بما يتناسب مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية التى تستجد فى حياة الشعوب(١).

لذلك اضطر القائمون على تطبيق القانون وتفسيره - أمام الحاجة الملحة إلى التعديل وقدسية النصوص - إلى التحايل على القواعد القانونية- عن طريق الافتراض سواء بتطبيقها على حالات لم توضع لها أصلاً أم بإهمالها وعدم تطبيقها نظراً لعدم صلاحيتها، كل ذلك دون المجاهرة بتعديلها أو بإلغائها. ولذلك قيل بحق أن الافتراض عبارة عن «أكذوبة محبوكة الأطراف أملتها الضرورة»(٢).

= البشرى حتى يومنا هذا. انظر أستاذنا الدكتور/ فتحى المرصفاوى: تكوين الشرائع، ص١٨٨ .

(١) دكتور/ عبد العزيز شوكت: البدر الساطع فى أصول النظم والشرائع، ص٣٦٤ .

(٢) دكتور/ صوفي أبو طالب : مبادئ تاريخ القانون ، ص٢٩٦ . =

ثانياً: التطور البطئ لبعض المجتمعات:

إن التطور الذى يصيب المجتمع لا يعنى أن التغير يقع طفرة واحدة، فغالبية المجتمعات يقع التغيير الإجتماعى فيها ببطء شديد يكاد يكون غير محسوس، ولما كان القانون مرآة صادقة لظروف المجتمع، فمعنى ذلك أن التطور البطئ للمجتمع يجب أن يقابله تطور بطئ فى القواعد القانونية. وهذا التطور البطئ لقواعد القانون يصعب أن يتم بناء على تدخل صريح ومفاجئ من جانب السلطة التشريعية فى المجتمع ، ومن هنا يحسن أن يتم ذلك عن طريق وسيلة تدريجية هى الحيلة أو الافتراض، ثم بعد مرور فترة

= هناك جانب آخر من القوانين احترمته الشعوب لأنه من وضع زعماء كانت لهم مكانة شعبية كبرى فى نفوس شعوبهم، مثال ذلك القانون الذى وضعه الملك «حمورابى» فى بلاد العراق القديمة والذى اعتبر من أكبر المصلحين الاجتماعيين للعالم القديم، وكذلك القانون الذى وضعه الفرعون المصرى «بوكخوريس» والذى اعتبر باعثاً للنهضة المصرية فى أواخر عصر الدولة الحديثة، وأيضاً قانون «صولون» فى مدينة أثينا. وقد يكون احترام الشعب للقانون نتيجة حصولهم عليه بعد صراع مرير وبشق الأنفس كما حدث بالنسبة لقانون «الألواح الإثنى عشر» حيث تم وضعه بعد صراع عنيف بين العامة والأشراف من مواطنى مدينة روما.

وما يقال عن القوانين القديمة يمكن قوله أيضاً عن بعض القوانين الحديثة، فمجموعة نابليون فى فرنسا والباندكت فى ألمانيا وقوانين كمال أتاتورك في تركيا الحديثة، وقوانين ثورة يوليو فى مصر، فى كل تلك الحالات لم يكن فى استطاعة القاضي أن يطالب علناً بالتغيير ، كما لم يكن باستطاعة مفسرى القانون أن يعلنوا رأيهم جهاراً بض[illegible]ة تعديل أو تطوير تلك القوانين، ومن هنا كان اللجوء إلى الافتراض ضرورياً لل[illegible]ول إلي تعديل قواعد القانون دون تعديل النصوص . انظر أستاذنا الدكتور/ فتحى المرصفاوى: تكوين الشرائع، ص١٨٩ .

زمنية كـافيـة يكشف المشرع ذلك التطور الذى أحـدثه الافتـراض الذى لجأ إليه الفقه والقضاء فيتدخل حينئذ إما بتبنى القواعد الجديدة التى وصل إليها الافتراض، وإمـا بمحاربة ذلك الافتراض إذا اتضح للمشـرع النتائج الضارة أو الخاطئة له(١). وربما لهذا السبب ولغيره من الأسباب، لم يظهر التشريع كوسيلة من وسائل تطور القانون إلا بعد ظهور الافتراض بزمن طويل(٢).

ثالثاً: الطبيعة المحافظة لبعض الشعوب:

هناك بعض الشعوب - مثل الشـعب الرومانى والشعب الإنجليزى - تميل بطبـيعتـها إلى السـير على مـا هو مألوف، وتنفـر بالتالى من التـجديد والتغيير . وقد انعكست هذه الطبيعة المحافظة لتلك الشـعوب على نظمها القانونيـة، فنجدها تقدس شـرائعها بالرغم من ظهـور شدتها أو قـصورها، ولذلك فـإن تأثير الافـتراض فى هذه الشـرائع، وبصفـة خاصة فى الـقانون الرومـانى الـقـديم، كـان أوسع نطاقـاً من تأثيـر الوسـائل الأخـرى، لأنه الأسلوب الوحيد الذى يلائم النـفسية الفطرية ويتفق مع عـقلية الإنسان فى بداية عهده بالمدنية، ومع شعوره نحو ديانته وتقاليده(٣).

---

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تكوين الشرائع، ص ١٩٠ .

- Dekkers: La fiction juridique, étude de droit romain et de droit comparé, Thèse, Paris 1935, p. 116.
- Main : Ancient law, 1920, p. 30 et s.

(٢) دكتور/ عبد العزيز شوكت: البدر الساطع فى أصول النظم والشرائع، ص٣٦٥ .

(٣) دكتور/ مصطفى صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٣٠٤ .

ويتصل بهذا السبب ويكمله، أن المشرع الرومانى -وكذلك المشرع الانجليزى- كان مقلاً=

رابعاً: الطبيعة الخاصة لبعض القوانين:

كانت بعض القوانين القديمة ضيقة النطاق ، مقيدة بالإجراءات والرسميات الشديدة، فطرية فى مبادئها. فالقانون الرومانى مثلاً لم يكن يطبق إلا على الرومان دون الأجانب، وكان التصرف القانونى لا ينتج أثره إلا إذا روعيت بشأنه الإجراءات التى نص عليها القانون دون تعديل أو تحريف، وأية هفوة شكلية تعرض المخطئ لفقد حقه[1]، وكان يعطى للدائن الحق فى أن يقتل مدينه إذا لم يسدد دينه، كما أجاز للمجنى عليه فى بعض الحالات أن يقتص من خصمه بيده.

وعندما تطورت المجتمعات ، وأخذت بأسباب المدينة، أصبحت مثل هذه القوانين عاجزة عن متابعة ذلك التطور، مما دفع القائمين على تطبيقها وتفسيرها إلى التحايل على نصوصها ، لكى تلائم الحالة الاجتماعية الجديدة[2].

= إلى حد كبير فى إصدار التشريعات، كما أنه لم يكن يتدخل لتعديل ما هو قائم منها إلا فيما ندر، مما اضطر القائمين على تفسير القانون وتطبيقه إلي تعديل النظم القانونية بالتحايل علي النصوص دون المساس بها . انظر دكتور/ أبو زيد عبد الباقى مصطفى: الافتراض ودوره فى تطور القانون، ص٣٠ .

(١) انظر فى تفصيلات ذلك الموضوع، رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه: مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى، والمقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة عام ١٩٩٦، ص١١١ حتى ص١٥٠ .

- Duhaut (H.): De la form, de ses caracterés et de ses regles en droit romain, Thèse, Nancy 1882, p. 17 .
- Baudry - Lacantinerie (G.) et Barde (L.): Traité theorique et pratique de droit civil, les obligations, T.3, Paris 1908, p. 279.

(٢) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص ٣٠٥ .

المطلب الثانى

أثر نظرية الافتراض فى تطور الشرائع القديمة

كان الافتـراض أول وسيلة لجأ إليهـا رجال القضاء والفـقه لإصلاح النظم القانونية، ولقد اسـتخدم على نطاق واسع ولعب دوراً هاماً فى تاريخ التطور القانونى عند أكثر الأمم المتقدمة، فأحدث فى شرائعـها ونظمها أثراً واسع المدى[١].

ويعد الافتـراض وسيلة شائعة فى الشرائع القديمة، اسـتعان به الحكام والقـضاة لمواجـهة قـسوة النصـوص، وضيق نطاق اسـتيـعابهـا للحاجـات المتطورة[٢].

فلما كانت الأمم الـقديمة شديدة التمسك بتـقاليدها ونصوصـها وما تشتمل عليه من نظم قـانونية، وتحترمها احترامـا يصل إلى درجة التقديس، بالنظر إلى ما كـانت تحتويه من عنـصر دينى أو إلي ما كـانت ترجع إليه من مصدر إلهى، لذلك كان يصعب تغيير النظم القائمة أو المبادئ المتبعة في أمة من الأمم، على الرغم مما قـد يظهـر من شدة الحـاجة إلي إصـلاحهـا، ومن مواطن الغبن الواقع علـى فريق من أفرادها أو على طبـقة من طبقـاتها. فلم يجد الذين اخـتصوا بأمور القـضاء وبتفسـير القانون بدا من الاحتـيال على

---

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص ٣٠٥ .

(٢) دكتور/ عباس العبودى: تاريخ القانون ، ص٥٩ .

نصوصه ونظمه، ابتغاء تطبيقها - دون تغيير في نصها -على حالات لم تكن تسرى عليها. وتحميلها أحكاماً جديدة لم يتسع لها منطوقها ومرماها، حتى يوفقوا في ذلك بين كراهية تغيير النصوص أو التقاليد وبين ضرورة تعديل نظمها ومبادئها(١).

وقد كان للافتراض دور مهم فى تطوير الشرائع القانونية القديمة، فاستعملت بنطاق واسع فى القانون الرومانى، كما استعملت فى نطاق القانون الانجليزى، وعليه فسوف ندرس أثر الافتراض فى تطور القانونين سالفى الذكر.

الفرع الأول

أثر نظرية الافتراض فى تطور القانون الرومانى

يعد تأثير الافتراض - كوسيلة من وسائل تطور القانون - فى القانون الرومانى القديم أوسع نطاقاً من تأثير الوسائل الأخرى، كما أنه أوضح وأعمق منه فى أية شريعة أخرى(٢).

فقد استعان الرومان أكثر من غيرهم بالافتراض فى تعديل قانونهم، ويرجع ذلك إلى طبيعة الشعب الرومانى والقانون الرومانى.

فالشعب الرومانى من أكثر الشعوب محافظة على تقاليده مهما ظهر من شذوذها أو قصورها، وروح المحافظة هذه هى التى دفعتهم إلى إيجاد الوسائل العديدة التى أمكنهم بها عمل الشئ الكثير من النظم القليلة التى

---

(١) الأستاذ/ على بدوى : أبحاث التاريخ العام للقانون ، ص٤٦ .

(٢) الأستاذ/ على بدوى : أبحاث التاريخ العام للقانون ، ص٤٨

بين أيديهم، ومن هنا ظهرت عبقريتهم فى التحايل على النظم القانونية، التى ظهرت وقت أن كانت روما على أبواب المدنية، لجعلها ملائمة للتطورات التى أصابها المجتمع في العهود اللاحقة، فكلما شعروا بضيق القواعد القانونية أو قصورها حاولوا التخلص من شدتها أو تكملتها دون المجاهرة بإلغائها أو تعديلها(١).

يضاف إلى ذلك أن القانون الرومانى بدأ بمجموعة قليلة من القواعد والنظم القانونية العرفية، التى ظهرت فى روما القديمة، وعدد أقل من النصوص القانونية المكتوبة مثل قانون الألواح الإثنى عشر. وحينما تطور المجتمع الرومانى وأخذ بأسباب المدنية أصبح قانونه عاجزاً عن متابعة ذلك التطور، ومع ذلك لم يحاول المشرع الرومانى، إلا نادراً، التدخل لإصلاح القانون، بل ترك ذلك العبء على عاتق الفقهاء والحكام القضائيين وهؤلاء ليس من سلطتهم إنشاء القواعد القانونية بل تطبيقها وتفسيرها فقط. ولكن أمام تكاسل المشرع اضطروا إلى تعديل النظم القانونية، بما يتلاءم مع تطور المجتمع بالتحايل على النصوص القانونية دون التعرض للنصوص ذاتها(٢). ولم يقتصر الأمر على ذلك، بل أن طبيعة القواعد القانونية الرومانية اضطرت الفقهاء والحكام القضائيين إلى التحايل على النصوص . ذلك أن القانون الرومانى قانون تسوده الشكليات والرسميات(٣)، لدرجة أن

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٢١ .

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب : مبادئ تاريخ القانون ، ص ٢٩٨ .

(٣) انظر فى تفصيلات نظام الشكلية فى القانون الرومانى، رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه: مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى، جامعة القاهرة ١٩٩٦، ص١١٣ وما بعدها.

التصـرفات القانـونية والدعاوى.. الخ. لا تنتج آثارهـا إلا إذا روعيت بكل دقة الإجـراءات الشكلية التى يشـترطها القـانون، وهو كذلك قـانون ضيق وعتيق، فـالشخصية القانونيـة لم يكن معترفاً بهـا إلا لفئة قليلة من السكان هم أرباب الأسـر، وهو فوق ذلك قـانون قاسى ، فـالمدين كان تحت رحـمة الدائن. كل هذه الصـفـات لا تتـلائم مع التطور الذى حـدث في المجـتـمع الرومـانى، لذلك لم يجد القـائمـون على تطبيق الـقانون وتفـسيـره بدأ من التحايل على نصوصه[1].

ولقد لعب الافتراض دوراً هاماً فى تطور القـانون الرومانى، فالبريتور الذى كـان بيده ولاية القـضاء – ومن ثم كـان يحس أكـثر من غـيره بضـيق القواعد القانونية وقسوتهـا – استعمل الافتراض فى أوسع نطاق. لذلك نجد الكثير من نظم وقواعـد القانون الرومانى نشأت نتيجة لافتـراضات البريتور، وهو من أجل ذلك يسـمـى الافـتـراض البـريتـورى. فـلا غـرابة إذاً أن خلع الرومان – منذ أواخر العصر الجمهورى – على البريتور صفة «الصوت الحى للقانون الرومانى». ولم يكن اسـتعمال الافتراض مقـصوراً على البريتور بل أن الفقهاء كثيراً ما استعـملوه، وبطلق على الافتراض الذى استعمله الفقهاء – بصفة خاصـة منذ العهد الذى أصبح فيـه الفقه مصدراً رسمـياً من مصادر القـانون[2] – اسم الافتراضات الشرعية. بل إن المشـرع نفسه كان يستعمل الافـتراض فى تـصوير أو تبـرير بعض النظم الـقانونيـة حـينمـا كان يصـدر

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٢١ .

(٢) انظر فى تفصيلات ذلك الموضوع ، دكتور / عـمر ممدوح مصطفى: الفقه عند الرومان ، بحث منشور بمجلة الحقوق، السنة الثالثة، مارس ١٩٤٨ .

تشـريعـاً من التـشـريعات، وهذه الافتـراضـات تسـمى هى الأخـرى بالافتراضات الشرعية[١].

وإذا أردنا أن نحصر دور الافتراض فى تطوير نظم القانون الرومانى، فإننا سنجـد أن هذه الوسيلة قد استعملت كأداة لاستحداث نظم قـانونية جديدة. كما استعملت أيضاً كـوسيلة لتبرير بعض النظم القائمة، وتخفيف حدة بعض النظم الأخرى أو الحد من أثارها المفرطة فى القسوة والشدة.

أولاً : الافتراض كوسيلة لاستحداث نظم قانونية جديدة:

استحدث الرومان نظماً قـانونية جديدة عن طريق الافتراض، ويمكننا أن نذكر نماذج لهذه النظم المستحدثة.

١ - الملكية البريتورية:

حـدد القانون الـرومانى القـديم شـروطاً خاصـة لاكـتسـاب الملكيـة الرومـانية، ووسـائل خاصـة لحـمايتـها. ولما كـان القـانون الرومانى يقـسم الأموال إلي أموال نفيسة وأموال غير نفيسة[٢]، فقد استلزم لانتقال الملكية

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب : مبادئ تاريخ القانون ، ص ٢٩٩ .

(٢) كان تقسـيم الأموال فى القانون الرومانى إلى أموال نفـيسه وأموال غيـر نفيسه، تقسـيماً أساسياً للأمـوال الداخلة فى الذمة حتى أوائل عصر الإمبراطـورية، وهو تقسيم رومانى محض، فالأمـوال النفيسة هى الأموال التى تنتـقل ملكيتها بالإشـهاد، وهى تشمل على سبيل الحـصر، العقارات الإيطالية من أرض ومـبان. وحقوق الارتفاق الزراعـية المقررة لصالحهـا، والأرقاء، ودواب الحمل والجر ماعـدا الإبل والفيلة لأنها كانت مـجهولة فى العهد القديم من الرومـان. أما الأموال غير النفيسة فـهى ما عدا ذلك من الأموال، وهى لذلك لا تقع تحت حصر، وترجع الحكمة من هذه التفرقة إلي أن روما كانت بلداً =

اتباع اجراءات شكلية معينة تنحصر فى الإشهاد والدعوى الصورية بالنسبة للأموال النفيسة(١)، بينما يكتفى بالتسليم فى نقل ملكية الأموال غير

= زراعياً فى عهدها الأول وأن الأموال النفيسة كانت هى العناصر الضرورية لزراعة الأراضى واستغلالها، ولذلك كانت هى الجديرة بالاقتناء وباتخاذ الاحتياط عند نقل ملكيتها للغير بأن يتم النقل بطريق من الطرق الرسمية، وقد ازدادت أهمية الأموال غير النفيسة تدريجياً فيما بعد باتساع التجارة واتجاه الثروة نحو القيم المنقولة، ففقد هذا التقسيم كثيراً من أهميته الاقتصادية، على أنه احتفظ طويلا بأهميته القانونية ولم يلغ نهائياً إلا فى عصر جستنيان. وتظهّر فائدة هذا التقسيم فى طرق نقل الملكية الاختيارية، فملكية الأموال النفيسة لا تنتقل إلى الغير إلا بإحدى طريقتين رسميتين: الإشهاد أو الدعوى الصورية، أما ملكية الأموال غير النفيسة فيكفى لانتقالها الاتفاق على نقل الملكية مضافاً إليه عمل غير رسمى وهو التسليم، لذلك كان للمرأة البالغة حق التصرف فى أموالها غير النفيسة بمفردها، ولكن لم يكن لها حق التصرف فى أموالها النفيسة إلا بإجازة وصيها. انظر دكتور/ عمر ممدوح مصطفى : الموجز فى القانون الرومانى، الجزء الأول، طبعة ١٩٥٣، الناشر مطبعة دار نشر الثقافة بالإسكندرية، ص٢٧٢ .

• Monier: Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1947, p.350.

(١) الإشهاد عملية رسمية لنقل الملكية الرومانية، وهو من نظم القانون المدنى، وكان مقصوراً على المواطنين الرومان وحدهم ومن منحوا حق التعامل من لاتينيين وأجانب. وكان يتم بالسبيكة والميزان. والإشهاد كان يستلزم حضور الطرفين ، المتصرف والمتصرف إليه، وإحضار الميزان وسبيكة من البرونز والمال المراد نقل ملكيته - أو ما يرمز إليه - كما كان يستلزم كذلك حضور حامل الميزان وخمسة من الشهود من المواطنين الرومان البالغين.

أما الدعوى الصورية فهى طريقة رسمية لنقل الملكية الرومانية باتفاق الطرفين، ترفع فى صورة دعوى استرداد الملكية أمام الحاكم القضائى، وهى أبسط فى إجراءاتها من الإشهاد. وهى تستلزم حضور الطرفين، من يريد نقل الملكية ومن يريد اكتسابها، أمام =

النفيسة(١).

ولكن مع تطور المجتمع الرومانى من مجتمع زراعى إلى مجتمع تجارى، لا يحتمل التعامل فيه تلك الإجراءات الشكلية، فقدت هذه التفرقة أهميتها، بحيث أصبحت ملكية الأموال النفيسة تنتقل دون اتباع هذه الإجراءات،

= الحاكم القضائى، كما يستلزم وجود الشئ المراد نقل ملكيته ذاته أو ما يرمز إليه إذا كان عقاراً، وتبدأ إجراءاتها بأن يقرر من يريد اكتساب الملكية في عبارة رسمية وهو قابض بيده على المال أو ما يرمز إليه، أنه مالك له طبقاً لقانون الرومان، فيسأل البريتور من يريد نقل الملكية عما إذا كان لديه اعتراض على ذلك، فإذا سكت وسلم بادعاء الطرف الآخر، صدق الحاكم على ذلك وأمر بأن يكون المال للمدعى (المكتسب)، وبذلك تنتقل إليه الملكية. انظر فى تفصيلات ذلك الموضوع، دكتور/ توفيق حسن فرج: القانون الرومانى، طبعة ١٩٨٥، الدار الجامعية للطبع والنشر ببيروت، ص٢٩٣ - ٣٠١ .

(١) يعد التسليم طريقة غير رسمية لنقل الملكية، بمعنى أنه ليس من نظم القانون المدنى القديم لمدينة روما، وإنما قد أخذ من قانون الشعوب. ويتم التسليم بمناولة الشئ المراد نقل ملكيته يداً بيد من الناقل إلى المكتسب، ولذلك فهو طريقة سهلة لنقل الملكية لخلوة من الشكليات، كما أنه لا يستلزم وجود الناقل والمكتسب فى نفس المكان وقت التسليم، فيمكن أن يتم التسليم وبالتالى نقل الملكية بواسطة الغير الذى قد ينوب عن الناقل أو عن المكتسب. وفضلا عن ذلك فإن التسليم - على عكس الإشهاد والدعوى الصورية - قابل لأن يقترن بجميع الأوصاف كتعليق نقل الملكية على شرط معين أو إضافتها لأجل. ولا يكون التسليم صحيحاً إلا إذا توافر له عنصران أحدهما مادى والآخر معنوى، فإن تخلف أحد هذين العنصرين لم ينتج التسليم أثره وهو نقل الملكية. ويتمثل العنصر المادى فى فعل التسليم ذاته، أى نقل وضع اليد من الناقل إلى المكتسب. أما العنصر المعنوى فيتمثل فى السبب الصحيح الذى يستند إليه في نقل الملكية. انظر فى تفصيلات ذلك، دكتور/ محمد على الصافورى: القانون الرومانى، ص٤٩٢-٤٩٨ .

• Geffard : Précis de droit romain, Paris 1938, P. 366 .

شـأنها فى ذلك شـأن الأموال غـير النفـيـسة. ولكن طبـقاً لأحكام القـانون الرومانى كانـت ملكية تلك الأموال لا تنتقل إلي المتـملك، لأنه لم يتبع فى انتقـالها الطرق التـى حددها القانون. لـذلك إذا فقد واضع اليـد وضع يده على هذه الأموال، كان لا يجد الحماية فى نصوص القانون، فهو لا يستطيع استعمال دعوى استرداد الملكية لأنه فى نظر القانون غير مالك حيث لم يتبع الإجراءات التى نص عليها القـانون لتمتلك هذا النوع من الأموال. ومن ثم لم يكن أمامه إلا التمسك بالملكيـة على أساس التقادم إذا توافرت شروطه، وهى حسن النية والسـبب الصحيح ومضى المدة (وكـانت سنتين فى العقار وسنة فى المنقول)(١). فإذا كانت هذه الشروط قد توافرت، عدا شرط مضى المدة فإن البـريتور قـد تدخل لحمـاية المكتسب فى مـثل هذه الحالة، فـمنحه دعوى تسمى بالدعوى «البوبليسيانية actio publiciana»(٢)، وذلك لتمكينه من استرداد الـشئ الذى انتقل إليه بالتسليم إذا فـقد حيازته قـبل مضى المدة اللازمة للتـملك بالتقادم. وهذه الدعـوى هى فى الواقع دعوى عينية مـدنية مبنية على افـتراض مؤداه، أن المدعى (وهو المتصرف إليه الذى فـقد حيازته على الشئ المسلم إليه) قد أتم مدة وضع اليـد المكسبة للملكية، وذلك على الرغم من أن هذه المـدة لم تنقض فى الحـقـيـقـة والواقع. وبذلـك يصـبح المتـصرف إليـه (أى المكتـسب) فى حكم من تملك المال بالـتقـادم، وهو من

---

(١) دكتور/ أبو زيد عبد الباقى مصطفى: الافرا س ودوره فى تطور القانون ، ص٥٥

(٢) أطلق على هذه الدعـوى هذا الاسم ، نسبة إلى البـريتور «Publicius» الـذى وضـع صيغـتها لأول مرة فى مـنشوره الدائم. ولا عرف حتى الآن تاريخ ظهـور هذه الدعوى على وجه التحديد.

• CF.R. Villers: Rome et le droit privé, Paris 1977, P. 294.

الطرق المنصوص عليها فى القانون المدنى القديم لاكتساب الملكية الرومانية(١).

وهكذا استطاع البريتور خلق نظام جديد من نظم الملكية، سمى باسم الملكية البريتورية بجانب نظام الملكية القديم، الملكية الرومانية(٢).

٢- النيابة فى التعاقد:

النيابة فى التعاقد هى حلول إرادة شخص، يسمى النائب، محل إرادة شخص آخر، يسمى الأصيل، في تكوين عمل قانونى وعلي الخصوص إبرام عقد، مع انصراف الآثار القانونية لهذا التصرف إلى ذمة الأصيل، كما

---

(1) Villers: Rome et le droit privé, Paris 1977, p. 155.

• CF. P. Durliac et J.De Malafosse: Histoire de droit privé, 1971, p. 352.

دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٣٠٩ .

«ويلاحظ أن الملكية البريتورية لا تدوم طويلاً، حيث أن المالك البريتورى يصبح مالكاً مدنياً إذا استمرت حيازته للشئ مدة سنة أو سنتين حسبما إذا كان الشئ منقولاً أم عقاراً. إذ يترتب على استمرار الحيازة هذه المدة، اكتساب المالك البريتورى ملكية الشئ عن طريق التقادم المدنى. ولما كان التقادم طريقة من طرق اكتساب الملكية فى القانون المدنى، فإن الملكية التى تكتسب عن طريقه مدنية. فالمالك البريتورى يظل مالكاً بريتورياً إلى أن يستكمل المدة اللازمة لاكتساب المال بالتقادم، وعندئذ ينقلب مالكاً مدنياً. فهو إذاً ليس فى حاجة إلى حماية البريتور إلا خلال هذه المدة، أما بعد ذلك فهو ليس فى حاجة إليها لأن القانون المدنى يتكفل وقتئذ بحمايته». دكتور/ محمود سلام زناتى: نظم القانون الرومانى، طبعة ١٩٦٦، الناشر دار النهضة العربية، ص٣٤٠ .

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٢٥ .

لو كانت إرادة هذا الأخير هى التى ساهمت فى تكوينه[١].

والأصل فى القانون الرومانى عدم جواز النيابة، فآثار التصرف القانونى تنشأ فى ذمة من اشترك فيه ولا تتعداه أبداً إلى من لم يكن طرفاً فيه، حتى ولو كان من اشترك فى التصرف يتعامل لحساب هذا الأخير. وعدم التسليم بمبدأ النيابة يرجع إلى مبدأ الشكلية الذى كان يسود القانون المدنى الرومانى، وهذا المبدأ يقضى بأن آثار التصرف القانونى تنصرف إلى ذمة من باشر الإجراءات الشكلية التى يشترطها القانون لتمام التصرف القانونى. ومن جهة أخرى نظر الرومان إلى الالتزام (الحق الشخصى) نظرة شخصية بحتة، لأنهم اعتبروه رابطة بين شخصين، مما ترتب عليه أن أصبح لطرفى الالتزام المقام الأول في تلك الرابطة، ونتيجة لذلك لا ينشأ الالتزام إلا بين الأشخاص الذين اشتركوا فى إنشائه[٢]. وكانت هذه القاعدة تتمشى مع الظروف الاجتماعية والاقتصادية للشعب الرومانى القديم، حيث كانت التصرفات القانونية تتطلب القيام بإجراءات شكلية والتلفظ بألفاظ ورموز معينة، مما كان يستلزم حضور كل من المتعاقدين وانصراف آثار العقد إلى ذمة من باشر هذه الإجراءات، وحيث كان الالتزام يتميز بأنه علاقة شخصية، فلا يجوز أن يوجد إلا بين الأشخاص الذين عملوا على إنشائه[٣]. وعدم التسليم بمبدأ النيابة لم يثر صعوبة بالنسبة للرومان فى

---

(١) دكتور/ محمود جمال الدين زكى: الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات، ص١٠١ .

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: الوجيز فى القانون الرومانى، طبعة ٩٦٥ شر دار النهضة العربية، ص٣١٠ .

(٣) دكتور/ محمد عبد المنعم بدر، دكتور/ عبد المنعم البدراوى: مبادئ القانون الرومانى «تاريخه ونظمه»، طبعة ١٩٥٤، مطابع دار الكتاب العربى بمصر، ص٥٦١ .

بادئ الأمر، لأن روما كانت مجتمعاً زراعياً محدود العدد من حيث السكان وقليل المعاملات. وحينما تحول المجتمع الرومانى إلى مجتمع تجارى، تعددت فيه المعاملات، بدأ الرومان يشعرون بالحرج الذى يسببه لهم هذا المبدأ، فالظروف الاقتصادية والاجتماعية قد تضطر الشخص إلى أن يعهد إلى غيره بإجراء تصرف قانونى لحسابه، والقواعد التى تحكم الأهلية تمنع عديمى الأهلية أو ناقصيها من مباشرة التصرفات القانونية كلها أو بعضها. مما يقتضى تعيين شخص آخر ينوب عنهم فى مباشرتها. ففى كل تلك الحالات كان النائب يجرى التصرف القانونى باسمه شخصياً ولكن لحساب الأصيل، أما آثار هذا التصرف - تطبيقاً لمبدأ عدم جواز النيابة - فكانت تنصرف إلى ذمة النائب ثم يقوم بعد ذلك بنقل هذه الآثار، سواء كانت حقوقاً أم واجبات، إلى ذمة الأصيل. ولا شك أن هذه الطريقة كانت تعرض الأصيل لخطر إعسار النائب[١]. ولهذا فقد تدخل البريتور وقرر جواز النيابة فى بعض الأحوال، خروجاً على المبدأ العام الذى يقضى بعدم جوازها، وقد استخدم البريتور لذلك بعض القواعد القانونية المطبقة وتحايل عليها وضمها إلى بعضها حتى توصل إلى تقرير النيابة[٢].

فقد تدخل البريتور فى بادئ الأمر بوسائل من شأنها إلزام رب الأسرة بالعقود التى يعقدها تابعوه (الأبناء أو العبيد) لحسابه، طالما أنه قد أظهر إرادته صراحة أو ضمناً فى تحمل نتائج التصرفات التى أجروها. وبذلك هدم البريتور صرح القاعدة القديمة التى تقضى بأن الابن أو العبد ليس سوى أداة فى يد رب الأسرة يستطيع بواسطتها أن يكتسب الحقوق

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: الوجيز فى القانون الرومانى، ص٣١٠ .

(٢) انظر فى تفصيلات هذا الموضوع: دكتور/ طه عوض غازى: النيابة التعاقدية فى القانون الرومانى والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة عين شمس عام ١٩٩١ .

دون أن يتحمل بسببها بالواجبات[١]. والحكمة من تدخل البريتور فى هذه الحالة واضحة، ذلك أن الغير كانوا يحجمون عن التعاقد مع التابعين لرب الأسرة (الأبناء والعبيد)، لأن معظم العقود الدائرة فى التعامل هى عقود ملزمة للطرفين، أى تجعل الشخص دائناً ومديناً فى نفس الوقت، ولا يقبل الغير أن يصبح رب الأسرة دائناً دون أن يلتزم بأثار العقد من جهة أخرى[٢].

أما عن الوسائل التى استعملها البريتور لتحقيق هذا الغرض. فتتمثل

---

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٣١١ .

(٢) دكتور/ محمد عبد المنعم بدر، دكتور/ عبد المنعم البدراوى: مبادئ القانون الرومانى، ص٥٦٣ .

«كان لدى الرومان قاعدة قديمة تقضى بأن الشخص الخاضع لسلطة غيره يعتبر أداة فى يد صاحب السلطة عليه، فيستطيع اكتساب الحقوق عن طريقه، ولكن نفس القاعدة لا تبيح أن يصبح مديناً عن طريقة (جايوس، النظم: ٢، ٨٦، ٨٧). وبذلك كان رب الأسرة يستطيع اكتساب الحقوق دون أن يلتزم بالالتزامات عن ابنه أو رقيقه. ولكن الغالبية من التصرفات القانونية تجعل الشخص دائناً ومديناً فى نفس الوقت، مثل عقد البيع . لذلك اضطر البريتور - أمام تلك الظروف - إلى التدخل لجعل آثار التصرف الذى عقده التابع تنصرف مباشرة إلى ذمة رب الأسرة، وأنشأ لذلك سلسلة من الدعاوى تهدف إلى إلزام رب الأسرة الذى أظهر إرادته صراحة أو ضمنا، فى تحمل نتائج التصرفات القانونية التى أجراها تابعوه فى مواجهة الغير (موسوعة:١٥، ٤، ١، ٩ . وموسوعة: ١٤، ١، ١، ٩ . موسوعة ١٤، ٣، ٥، ١ . ونظم جايوس: ٤، ٧٤). ونفس هـ[illegible] الدعاوى استخدمت فيما بعد إذا لم يكن النائب تابعاً لرب الأسرة بل أجنبياً عنه. ا[illegible] [illegible]كتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص٢٢٥ هامش رقم (١).

فى طائفة من الدعاوى التى أوجدها بنفسه، وتسمى actio adjecticiae qualitatis ، أى «دعاوى الصفة المضافة»، والتى تمكن الغير من الرجوع على رب الأسرة، على أساس العقد الذى باشره الابن أو العبد(١). ودور الافتراض فى هذه الدعاوى يتمثل فى أنها كانت تؤسس على افتراض مؤداه، أن العبد يتمتع بالحرية أو أن الابن يتمتع بالأهلية القانونية، ومن ثم فإن عريضة الدعوى كانت تحرر باسمه، ثم يطلب البريتور من القاضى إصدار الحكم - إذا ثبت صحة ادعاء المدعى - ضد رب الأسرة ، وذلك بافتراض أنه هو الذى أجرى التصرف بنفسه(٢).

وفى وقت لاحق، ولكنه غير معروف على وجه التحديد ، توسع البريتور فى الأخذ بفكرة النيابة، فأجازها فى بعض الحالات التى يكون فيها النائب شخصاً مستقلاً بحقوقه أو تابعاً لشخص آخر غير الأصيل، وذلك بالقياس على نيابة التابعين لغيرهم عن رب الأسرة. فمنح دعوى التجارة البرية actio institaria ، ودعوى التجارة البحرية actio exercitoria، ضد الموكل الذى يكون نائبه شخصاً من الغير وليس من المولى عليهم أو من التابعين، وبذلك توصل البريتور إلى تقرير مبدأ النيابة الكاملة فى مجال المعاملات التجارية. أما بالنسبة للمعاملات المدنية، أى الخاصة بأعمال غير تجارية، فقد منح البريتور للغير دعوى على غرار دعوى التجارة البرية quasi institoria (٣)، ومع ذلك فقد استمرت النيابة فى مثل هذه

---

(1) Villers: Rome et la droit privé, Paris 1977, p. 155-156.

(2) Villers: Rome et la droit privé, Paris 1977, p. 197

(١) تقررت هذه الدعوى بفضل الفقيه «بابنيان Papinien» فى القرن الثالث الميلادى.

الأعمال نيابة ناقصة، لأن للغير فيها حق الرجوع على النائب أو على الأصيل بحسب اختياره(١).

٣- انتقال الالتزام «حوالة الدين وحوالة الحق»:

كان المبدأ المقرر فى القانون الرومانى، هو أن الالتزام الناشئ بين شخصين يجب أن يستمر قائماً بينهما بذاتهما حتى انقضائه. وبناء على ذلك لا يصح انتقال الالتزام، لا سلبا ولا إيجاباً. ولكن تحت ضغط الضرورات العملية أباحوا انتقال الالتزام سلبا وإيجابا بسبب الوفاة، ولكنهم لم يسلموا بذلك بالنسبة للأحياء(٢).

بيد أن هذا المبدأ الذى لا يبيح انتقال الالتزام بين الأحياء، اصطدم بعقبات عملية متعددة، فالتطور الاقتصادى يقتضى فى كثير من الحالات إجازة انتقال الالتزام، وهنا ظهرت عبقرية الرومان فى استعمال القواعد القانونية الموجودة بين أيديهم وجمعها مع بعضها والتحايل عليها باستعمالها فى غير

---

(1) Villers: Rome et la droit privé, Paris 1977, p. 399.

دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٣١١ وما بعدها.

(٢) انظر فى تفصيلات ذلك الموضوع :

- Geffard: Précis de droit romain, Paris, T. II, p. 297.
- Monier : Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1947, T. 11, p.
- Huveline: Cours élémentaire de droit romain, Paris 1927, T. II, p.133.

الغـرض الذى وجـدت من أجله بقـصد إنشـاء نظام حـوالة الحق وحـوالة الدين[١].

فاستخدموا بالنسبة لحوالة الدين عدة وسائل أهمها: تجديد الدين عن طريق تغـيـير الـدائن. وقد اسـتـعـملوا للوصـول إلى ذلك الغـرض عقـد الاشتراط الشـفهى، الذى كان بمثابة قالب عام يمكن عن طريقـه إنشاء سائر أنواع الالتزامات، فكـان الدائن الجديد يشترط فى هذا العـقد، رضاء الدائن القـديم، على المدين أن يفى بالدين بين يديه هو دون الدائن القـديم، ولكن يعيب هذه الطريقة اشتراط الحصول على موافقة المدين، ويعيبها كذلك أنها لا تؤدى إلى انتـقال الحق القديم بـصفاته وتأمـيناته لأن التجـديد يؤدى إلى انقضاء الدين القديم وحلول دين جـديد محله، ولذلك اضطر الرومان إلى استعمال وسيلة أخرى منذ القرن الثانى قبل الميلاد[٢].

ونتيجة للصـعوبات السابقة لجأ الرومان إلى استـخدام وسيلة الوكالة فى قبض الدين المصحوبة بهبـته، فكان الدائن القديم (المحيل) يوكل الدائن الجـديد (المحال)فى قـبض الدين، ويهبـه إليـه فى نفس الوقت، ولكن هذه الطريقة وإن كانت أفضل من سابقتـها إلا أنها لم تخل من العيوب، فهى لا تحرم المـدين من الوفاء للدائن القـديم ولا تحرم الدائن القـديم من حقـه فى مطالبة المدين بالوفاء له هو[٣].

ولقد وصل الفقهاء منذ أواخر العـصر العلمى إلى إيجاد وسيلة ثالثة

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٣٠٥ .

(٢) دكتور/ صوفي أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٢٦ .

(٣) دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٣٠٥ .

تؤدى إلى حوالة الحق، وهو نظام الإتفاق العادى الذى تحميه دعوى مفيدة، فقد كـان الدائن القديم يحول حـقه قبل المدين إلى شخص آخـر هو المحال (الدائن الجديد)، ولا يشتـرط هنا حصول الدائن الجديد على مـوافقة المدين على الحوالة، بل يكفى إعلانه بها. وتتم الحـوالة فى اتفاق عادى دون حاجة إلى أى إجراء شكلى. وبمقتضى ذلك الاتفاق ينتقل الحق إلى الدائن الجديد الذى منح لحماية حقه دعوى مفيدة ضد المدين. ولكن ذلك لا يحرم الدائن القديم من دعـواه التى كانت له قبل المدين، لذلك كان يسـتطيع استعمـالها ضده مـتجـاهلاً حق الدائن الجديد (المحـال)، ولكن البريتور حـمى الدائن الجديـد بأن منح المدين دفعـا بالغش ضد الدائن الـقديم إذا أراد استعـمال دعواه(١).

وقد استعمل الرومان وسائل قريبـة الشبه من ذلك فيما يتعلق بحوالة الدين.

٤- التوسع فى استعمال الإشهاد :

كان الإشهاد فى بادئ الأمر عبارة عن وسيلة لتملك مال نفيس مملوك للغير مقابل دفع الثمن، أى كان بيعـاً حقيقياً، وقد ورد النص على الإشهاد فى قانون الألواح الإثنى عـشر(٢). ولكن فيما بعد تغيـرت حقيقة الإشهاد

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٣٠٥ .

(٢) دكتور/ صوفي أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٢٧ .

كلمـة الإشـهـاد «mancipatio» مكونـة من شـقين: «manus» ومـعناهـا «اليـد»، و«capio» ومعناها «الأخذ» أى القبض باليد.

(٣) دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٣٠٦ .

فلم يعد إلا بيعا صوريا منذ القرن الثالث قبل الميلاد، حيث أصبح دفع الثمن فيه صورياً. وبهذا لم يعد للإشهاد إلا إجراءاته الشكلية الأولى مع تغيير في وظيفته واتساع غرضه[١]، فقد أصبح يقوم بوظيفة نقل ملكية الأموال النفيسة أيا كان سبب انتقالها، وبذلك تحول الإشهاد إلى عمل مجرد عن سببه[٢]، فقد أصبح الإشهاد ابتداء من العصر العلمي عملا قانونياً مجرداً، أى أنه أصبح صحيحاً بصرف النظر عن الغرض الواقعي أو السبب المقصود، أى بصرف النظر عن السبب القانوني الذي تم الإشهاد تحقيقاً له، طالما توافرت في الطرفين الأهلية وتوافرت الإجراءات الشكلية والرسمية التي كان القانون يتطلبها[٣]. ومن ثم استخدم الرومان الإشهاد في أغراض عديدة غير الأغراض التي أنشئ من أجلها، فاستخدم لنقل ملكية المال بدون مقابل، كالهبة، أو لتنفيذ وصية، أو لتقرير ضمان عيني كالرهن الحيازي، أو لإنشاء عقود جديدة كالوديعة والعارية..الخ[٤].

---

(١) دكتور/ توفيق حسن فرج: القانون الروماني، ص٢٩٥ .

(٢) دكتور/ صوفي أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٢٧ .

(٣) دكتور/ توفيق حسن فرج: القانون الروماني، ص٢٩٥ .

(٤) فالوصية كان يشترط لصحتها في الأصل صدور قرار تشريعي من مجلس الشعب، بعد موافقة رجال الدين ، نظراً لما تنطوى عليه من مساس بأموال الأسرة وبعبادتها المنزلية. ولم يكن من السهل الحصول على موافقة مجلس الشعب ورجال الدين، فلجأ الرومان إلى التحايل على هذه الإجراءات، وذلك بأن ينقل الموصى ملكية المال الموصى به إلى مشتر صوري بطريق الإشهاد. ويتعهد المشترى الصوري بتسليم المال الموصى به إلى الموصى إليه بعد وفاة الموصى. وقد نشأت الهبة كذلك باستخدام عقد البيع بالإشهاد بطريقة صورية وإتمام الهبة في صورة بيع بغير ثمن. كما نشأت الوديعة وعارية =

ولم يقتصر الأمر على ذلك، بل أمكن عن طريق تغيير عبارات الإشهاد، استعماله فى نقل السلطة التى يعترف بها القانون لشخص على آخر، إلى شخص ثالث. لذلك استخدم لتحقيق الزواج بالسيادة واستخدم فى التبنى وفى تحرير الابن من السلطة الأبوية..الخ. وهكذا استطاع الفقهاء الرومان - ومن قبلهم الكهنة - استخدام الإشهاد لإنشاء عقود ونظم قانونية جديدة(١).

٥- التوسع فى استعمال الدعوى الصورية:

الدعوى الصورية طريقة رسمية لنقل الملكية الرومانية باتفاق الطرفين المتعاقدين، وقد نص عليها - كالإشهاد - فى قانون الألواح الإثنى عشر(٢)، والرأي السائد لدى الشرائح المحدثين أن الدعوى الصورية هى

= الاستعمال والرهن الحيازى عن طريق البيع بالإشهاد وبصفة صورية أيضاً. على أن ينقل المودع لديه أو المستعير أو الدائن المرتهن الملكية ثانية إلى صاحبها بعد انتهاء الوديعة أو العارية أو عند سداد الدين وكان متلقى هذه الأشياء يعد بإعادتها، وعلى أساس هذا الوعد ينشأ الالتزام بالرد.

انظر دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٣١٤ .

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٣٠٦ .

دكتور/ على محمد جعفر: تاريخ القوانين، ص ١٤٢ .

(٢) استخدمت الدعوى الصورية كطريقة لنقل الملكية، وقد كانت ترفع فى صورة دعوى استرداد الملكية. وتجرى أمام الحاكم القضائى «أى البريتور المدنى» فى روما. وهى تستلزم حضور كل من الناقل والمكتسب، ووجود الشئ المراد نقل ملكيته فى مجلس القضاء إن كان منقولا أو ما يرمز إليه به إن كان عقارا. وتتم إجراءاتها بأن يقرر المكتسب =

تصوير لمنازعة لا منازعة جدية[1]. فهى إجراء الغرض منه تصوير أمر من

= فى عبارة رسمية، وهو قابض بيده على المال المراد نقل ملكيته إليه، أنه مالك له طبقاً لقانون الرومان. وعندئذ يسأل الحاكم الناقل - وهو المدعى عليه فى الدعوى - عم إذا كان لديه وجه للاعتراض. فإذا سكت أو سلم بذلك، أعلن الحاكم تصديقه على هذا الإقرار وأمر بإلحاق المال بملك المكتسب. فيترتب بذلك الأثر المقصود وهو نقل الملكية.

ويترتب على الدعوى الصورية نقل الملكية الرومانية على الأموال النفيسة والأموال غير النفيسة على السواء، ولكن لا يترتب عليها الضمانان المترتبان على الإشهاد، فهى لا تضمن الاستحقاق فى حالة نقل ملك الغير ولا عجز المساحة إذا ظهر نقص فى قدر المبيع. والدعوى الصورية من النظم القاصرة على جماعة الرومان، غير أنه يلاحظ أن الشخص التابع لغيره لا يستطيع استعمالها فى حين يستطيع أن يكتسب لصالح رب الأسرة عن طريق الإشهاد، كما أن المرأة المستقلة بحقوقها لا تستطيع التصرف فى أموالها غير النفيسة عن طريق الدعوى الصورية إلا بإجازة وصيها. هذا ولم تكن الدعوى الصورية شائعة الاستعمال، لأن الأفراد كانوا يفضلون عليها الإشهاد لنقل ملكية الأموال النفيسة نظراً لما كان يترتب عليه من ضمانات، والتسليم لنقل ملكية الأموال غير النفيسة لخلوه من الرسميات، على أنها كانت تستعمل مع ذلك لاكتساب حقوق الارتفاق عن طريق احتفاظ الناقل لنفسه بحق إرتفاق على المال الذى ينقله. ولهذه الأسباب زالت الدعوى الصورية من الحياة العملية قبل الإشهاد، إذ لا نجد لها أثراً منذ عهد «دقلديانوس» فى بداية العصر البيزنطى.

انظر دكتور/ عمر ممدوح مصطفى: الموجز فى القانون الرومانى، الجزء الأول، ص ٣٤٠ .

(١) يذهب رأى فى الفقه إلى أنها ليست إجراءاً صورياً، وأنها بعيدة عن أن تكون دعوى أو تصوير لدعوى، لأن أحد الخصمين وهو الناقل لا يدافع عن حقه حتى ولو فى الظاهر، وإنما هى إجراء حقيقى يتم بتنازل الناقل عن الملكية للمكتسب وتصديق الحاكم على هذا التنازل بما له من سلطة ولائية أو إدارية لا بما له من سلطة قضائية. انظر فى تفصيلات ذلك الاتجاه : =

الأمور، بإتفاق الطرفين، فى صورة نزاع خلافاً للواقع، وطرحه أمام البريتور ليحكم لصالح أحدهما. وهذا التحايل يقع تحت سمع وبصر السلطة القضائية التى لا تملك سوى الإذعان له وعدم مناقشته[١]. وقد استعملت الدعوى الصورية كوسيلة لنقل الملكية ولتحقيق التبنى ولعتق الرقيق[٢].

ثانيا: الافتراض كوسيلة لتخفيف آثار بعض النظم القانونية:

كان من نتيجة التطورات التى طرأت على المجتمع الرومانى أن

= • Monier : Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1947, T. 1, p.406.

• Geffard: Précis de droit romain, Paris, T. I, p. 365.

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٢٧ .

(٢) ففى دعوى الحرية الصورية، كان وكيل العبد يدعى فى الدعوى بأنه حر، ويلتزم السيد الصمت ولا يعمل ما من شأنه مناقضة المدعى ومعارضته، فيعتبر سكوته بمثابة إقرار أمام القاضى، ويصدر القاضى حكمه بصحة ادعاء المدعى، وبذلك يترتب الأثر المقصود من الدعوى وهو العتق، أى منح الحرية للعبد. أما التبنى عن طريق الدعوى الصورية، فكانت تتكون إجراءاته من عمليتين: الأولى كانت تتم بأن يبيع الأب ابنه ثلاث مرات (وإن كان حفيداً أو بنتاً فيكفى بيعه مرة واحدة) إلى مشترى صورى يعتقه فى المرتين الأولى والثانية، فيعود إلى سلطة والده، ويحافظ عليه عند شرائه للمرة الثالثة (لأنه إذا أعتقه أصبح حراً طبقاً لقانون الألواح)، ثم تبدأ عند ذلك العملية الثانية، بأن يدعى المتبنى أمام الحاكم القضائى على المشترى الصورى أن الولد ابنه، فيعترف المدعى عليه بذلك، ويصادق القاضى على هذا الاعتراف، فيدخل الولد فى سلطة المتبنى. ومن الواضح أن كل هذه الإجراءات تقوم على أساس الافتراض القانونى. وقد ألغيت هذه الإجراءات فى عهد الإمبراطور جستنيان، وأصبح التبنى يتم عن طريق إقرار من الوالدين، الأصلى والمتبنى، أمام القاضى. انظر دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٣١٥ .

أصبحت بعض النظم القانونية غير ملائمة لحالة المجتمع، وبالتالى كان يجب إلغاؤها أو تعديلها، ولكن لما كان الشعب الرومانى من أكثر الشعوب محافظة على تقاليده، فقد لجأ إلى الافتراض بغية تخفيف آثار هذه النظم والحد من شدتها أو قصورها، وجعلها بالتالى ملائمة للتطورات التى أصابت المجتمع(١). ومن أمثلة هذه النظم:

١ - تطبيق القانون الرومانى على الأجانب:

القاعدة العامة فى القانون الرومانى أنه قانون خاص بالرومان وحدهم، ومن ثم لا يطبق على الأجانب، والقانون الأجنبى لا قيمة له فى نظر الرومان إلا فى حالات استثنائية بحته. ولذلك كان الأجانب لا يتمتعون بأية حماية قانونية فى روما، فهم لا يستطيعون الاستفادة من القانون الرومانى ولا من قانونهم الوطنى(٢). ولقد نتج عن ذلك أن كان الأجنبى فى روما - مثله فى ذلك مثل الرقيق - لا يتمتع بأية حماية قانونية، بل يعتبر مالاً مباحاً يحق لأى وطنى أن يستولى عليه(٣). فضلاً عن ذلك فليس له حق الزواج أو حق التعامل مع الرومان طبقاً لأحكام القانون الرومانى، لأن هذا القانون كان يعتبر امتيازاً يتمتع به الوطنيون الرومانيون دون سواهم(٤).

---

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٣١٥ .

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٣٠٠ .

(3) Ellul: Histoire des intitutions, 1961, p. 217.

(٤) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٣١٦ .

هذا الوضع كان يتلائم مع حالة المجتمع الرومانى القديم، الذى كان يعيش على مبدأ الإكتفاء الذاتى، ومن ثم كانت معاملاته نادرة مع الشعوب الأجنبية . ولكن بعد تطور المجتمع الرومانى واتصاله بغيره من الشعوب، أصبح من الضرورى إيجاد حماية قانونية للأجانب الذين يتعاملون مع الرومان أو يقيمون بينهم(١). ومن هنا تدخل الحاكم القضائى «بريتور المدينة» بموجب خلق وسيلة جديدة لحماية حقوق الأجانب من خلال سلطته القضائية، فما كان منه إلا أن تحايل على القواعد المعمول بها وافترض أن الأجنبى بمثابة رومانى - خلافاً للواقع - ابتغاء تطبيق القانون الرومانى عليه(٢). فكان يفترض فى البرنامج الكتابى الذى يحيل به الدعوى إلى المحكم للفصل فيها، أن المدعى الأجنبى رومانى الجنسية، وبذلك يمكنه المطالبة بحقه فى نزاع مدنى أو فى دعوى جنائية(٣).

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٢٣ .

(٢) دكتور/ محمود السقا: أضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، طبعة ١٩٩١، الناشر دار النهضة العربية، ص١٤٢ .

(٣) دكتور/ مصطفى صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٣١٦ .

ومن أمثلة ذلك حالة ما إذا ارتكب الأجنبى جريمة سرقة أو إذا كان هو المجنى عليه فى جريمة سرقة وكان السارق رومانياً، تطبق عليه نصوص القانون الرومانى باستعمال الافتراض الآتى: يدمج البريتور فى البرنامج الكتابى الذى يحيل به الدعوى الى القاضى صيغة مضمونها أن هذا الأجنبى يعتبر رومانياً، وبذلك يستطيع الأجنبى رفع دعوى جريمة السرقة مثلاً أو يمكن توجيهها ضده (نظم جايوس: ٣٨،٤)، فالبريتور اعتمد على واقعة كاذبة اعتبرها صحيحة حتى يمكن تطبيق القانون الرومانى - فى بعض=

٢- الموت المدنى:

القاعدة العامة فى القانون الرومانى أن الإنسان لا يكتسب الشخصية القانونية إلا إذا توافرت له عناصرها الثلاث: أن يكون حراً، وأن يكون رومانياً، وأن يكون مستقلاً بحقوقه. فإذا فقد عنصراً من هذه العناصر الثلاثة، فقد شخصيته القانونية كلها أو بعضها، وفقدان الشخصية هذا يعبر عنه بالموت المدنى(١). ويترتب على الموت المدنى انتقال الحقوق إلى من كان

= الحالات- على الأجنبى. هذه الواقعة رغم اشتهار كذبها لا يستطيع القاضى ولا غيره مناقشتها. انظر دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، هامش رقم (١) ص٣٠٠ .

(١) الموت المدنى نظام رومانى بحت لا يوجد له مثيل فى القوانين القديمة، وهو نتيجة حتمية للفكرة الأساسية التى قامت عليها الشخصية فى القانون الرومانى، فهى لا توجد لدى الإنسان إلا باجتماع عناصرها الثلاثة، أى الحرية والوطنية والصفة العائلية، فإذا فقد الشخص عنصراً من عناصرها انعدمت تبعاً لذلك شخصيته، لأن الشخصية لا تتم إلا باجتماع عناصرها الثلاثة. وبالرغم من ذلك قد يكتسب الفرد شخصية جديدة، إذ قد يبعث الشخص بعد الموت المدنى، إما طبقاً للقانون الطبيعى إذا فقد حريته، وإما طبقاً لقانون الشعوب إذا فقد رعويته الرومانية، وإما طبقاً للقانون المدنى نفسه إذا تغيرت صفته العائلية. ولكن بالرغم من هذا التغيير الذى قد يطرأ على حالته، تعتبر الشخصية الأولى قد ماتت وانعدمت نهائياً، وللموت المدنى حالات ثلاث: حالة فقد الحرية، وحالة فقد الصفة الوطنية، وحالة تغير الصفة العائلية. ويميز فقهاء الرومان من حيث خطورته بين درجات ثلاث بحسب ما إذا كان العنصر المفقود هو الحرية أو الوطنية أو الصفة العائلية، فيعتبر الموت المدنى من الدرجة القصوى فى حالة فقد الحرية ، وفى الدرجة الوسطى فى حالة فقد الوطنية، وفى الدرجة الدنيا فى حالة تغيير الصفة العائلية.
انظر دكتور/ عمر ممدوح مصطفى: الموجز فى القانون الرومانى، ص٢٢٦ .

• Girard: Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1929, p. 209.

سبباً فيه، وسقوط الالتزامات التعاقدية بزوال الشخصية القانونية(١).

هذه النتيجة لم تكن تسبب الضيق للرومان فى العهود القديمة، نظراً لوجود ضمانات عديدة وإجراءات خاصة كانت تصاحبه التبنى أو الزواج، ومن ثم كان فى استطاعة الدائنين التظلم من عمل المدين. ولكن مع الزمن زالت تلك الإجراءات والضمانات. وفى ذلك الوقت تغير الأساس الذى تقوم عليه الأسرة فأصبحت تقوم على القرابة بدلاً من قيامها على السلطة الأبوية. حينئذ بدأ الرومان يشعرون بالنتائج الظالمة التى تترتب على تطبيق آثار الموت المدنى، فتحايلوا عليها بافتراض أن من مات موتاً مدنياً مازال متمتعاً بالشخصية القانونية(٢).

---

(١) فمثلاً إذا حدث أن شخصاً مستقلاً بحقوقه خضع لسلطة غيره عن طريق التبنى، أو أن امرأة مستقلة بحقوقها خضعت لسلطة زوجها عن طريق الزواج بالسيادة. ففى كلتا الحالتين يفقد الشخص شخصيته القانونية، ويترتب على ذلك أن حقوق المتبنى وحقوق الزوجة تنتقل إلى المتبنى أو إلى الزوج، ولكن الالتزامات التعاقدية لا تنتقل إليهما تطبيقاً للقاعدة العامة التى تقضى بأن الخاضعين لسلطة غيرهم يفيدون صاحب السلطة عليهم دون أن يضروه. وفى نفس الوقت لا يستطيع الدائن مطالبة المتبنى ولا الزوجة بما كان عليهما من التزامات تعاقدية نشأت قبل التبنى أو الزواج لأنهما أصبحا لا يتمتعان بالشخصية القانونية.

دكتور / صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٣٠١ .

وإنظر فى تفصيلات آثار الموت المدنى: دكتور / توفيق حسن فرج: القانون الرومانى، ص٢١٠ وما بعدها.

• Gaston May: Elements de droit romain, Paris 1907, p. 183.

(٢) تدخل البريتور واستعمل الافتراض لمعالجة تلك الآثار الظالمة، هذا الافتراض كما يقول الفقيه جايوس (فى كتابة النظم : ٤ ، ٣٨)، هى تجاهل حالة الموت المدنى واعتبار الشخص - خلافاً للواقع - ما زال متمتعاً بالشخصية القانونية كاملة بالنسبة لما كان عليه من ديون ، أى اعتبار الموت المدنى كان لم يكن، ومن ثم يجوز للدائنين التنفيذ =

٣- إساءة استعمال الحق:

كان القانون الرومانى يحيط الملكية بضمانات كثيرة، ومن بينها حماية المالك من الأضرار التى تصيبه من جاره، وظهرت أهم تلك الضمانات وهى الاشتراطات البريتورية فى القانون البريتورى. فإذا رفض الجار التعهد - عن طريق اشتراط بريتورى - بتعويض جاره عما قد يصيبه من ضرر افترض البريتور أن التعهد قد تم بالفعل(١).

٤- تعديل قواعد الميراث:

كان القانون الرومانى القديم لا يقضى بالميراث للابن أو للزوجة إلا إذا كان الابن خاضعاً لسلطة أبيه والزوجة خاضعة لسيادة زوجها عند وفاته،

= على أموال ذلك الشخص الذى فقد شخصيته القانونية بسبب التبنى أو الزواج. وبذلك أمكن التخلص - عن طريق الافتراض - من الآثار الظالمة التى كانت تترتب على الموت المدنى. انظر دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص ٣٠١ .

(١) فإذا كان شخص يملك منزلاً آيلاً للسقوط ويهدد الجار بأضرار حاله، كان البريتور يلزم مالك المنزل الآيل للسقوط بالتعهد للجار - عن طريق اشتراط بريتورى - بتعويضه عما قد يلحقه من ضرر خلال مدة معينة (نظم جايوس، ٤ ، ٣١). فإذا رفض المالك ذلك التعهد، أباح البريتور للجار أن يدخل منزل المالك ويقوم بعمل الإصلاحات اللازمة على حساب المالك (موسوعة: ١٩،٢،٧، فاتحة) فإذا رفض المالك السماح للجار بدخول المنزل الآيل للسقوط، منح البريتور الجار - إذا أصابه ضرر - دعوى ضد المالك يطالبه فيها بالمبلغ الذى كان يجب عليه التعهد به لو أن الاشتراط البريتورى قد تم. ولكن بما أن هذا التعهد لم يكن قد حدث فعلاً، فإن البريتور يلجأ إلى الافتراض الآتى: يدمج فى برنامج الدعوى صيغة مؤداها أن الاشتراط البريتورى قد حدث فعلاً، وبناء على ذلك يحكم القاضى ضد المالك بناء على اشتراط برتورى لم يكن له وجود فى الواقع. دكتور / صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٣٠٢ .

ومعنى ذلك أن الابن المحرر من سلطة أبيه لا نصيب له في التركة، وأن الزوجة التى تزوجت بغير سيادة لا ترث هى الأخرى فى تركة زوجها المتوفى. غير أن البريتور كان يفترض خضوع الابن المحرر لسلطة أبيه، والزوجة لسيادة زوجها عند وفاته، ليمكن كل منهما من الحصول على نصيبه فى التركة، وذلك بفضل الإجراء الخاص الذى كان يتخذه مستنداً إلى سلطته الإدارية، والمعروف بالتمكين من الحيازة . فنشأ بذلك نظام الإرث البريتورى بجانب الإرث الشرعى الذى كان يقوم على أساس القرابة المدنية المبنية على الخضوع لسلطة رب الأسرة، لا على القرابة الطبيعية القائمة على صلة الدم(١).

٥- حماية الأرض الإقليمية:

كان مالك الأرض الإقليمية، ولو رومانيا، لا يستطيع حماية حقه بدعوى الاسترداد المدنية أو بدعوى الاسترداد البريتورية، حيث أن دعاوى الملكية العقارية كانت قصراً على الأراضى الإيطالية . ويرى بعض الشراح أنه كان لصاحب الأرض الإقليمية دعوى استرداد على غرار دعوى الاسترداد البريتورية يفترض فيها أن الأرض الإقليمية أرض رومانية(٢). وهكذا اضطر البريتور إلى افتراض أن الأرض الإقليمية إيطالية، حتى تمتد إليها الحماية القانونية التى ينظمها القانون الرومانى(٣)

---

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٣١٨ .

(٢) دكتور/ عمر ممدوح مصطفى: الوجيز فى القانون الرومانى، ص٣٨٦ .

• Monier : Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1947, p. 382.

(٣) دكتور/ هشام علي صادق،دكتور/ عكاشه محمد عبد العال تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، طبعة ١٩٨٧، الناشر الدار الجامعية، ص٢٤١

ثالثاً: الافتراض كوسيلة لتبرير بعض النظم القانونية:

لم يقتصر دور الافتراض فى القانون الرومانى على خلق أو إنشاء بعض النظم القانونية، أو تخفيف آثار بعض النظم القانونية القائمة، تحت ضغط الظروف الاجتماعية والاقتصادية. وإنما استعملها الرومان كذلك كوسيلة لتبرير بعض النظم القانونية التى يصعب فهمها أو تفسيرها إلا على أساس أنها مجرد تصور ذهنى مخالف للواقع[١]. ومن أمثلة ذلك:

١ - الشخصية القانونية:

كان المبدأ العام فى القانون الرومانى - كما هو الحال الآن - أن شخصية المرء القانونية تبدأ منذ الميلاد وتنتهى بالوفاة. وقد أثار تطبيق هذا المبدأ صعوبة بالنسبة لحالة الجنين إذا مات مورثه قبل ولادته، إذ أن تطبيق القاعدة العامة تكون نتيجته الحتمية ألا يرث الجنين لأنه لم يكن قد ولد بعد وقت وفاة المورث، أى أن شخصيته القانونية لم يكن لها وجود فى هذا الوقت، وقد وجد الرومان فى تطبيق تلك القاعدة إضرار بحقوق الجنين فى الإرث[٢]. لذلك اقتضت مصلحة الجنين الخروج على تلك القاعدة عن طريق الافتراض الآتى: يعتبر الجنين أنه قد ولد قبل وفاة مورثه، وبذلك يتمتع بالشخصية القانونية، ومن ثم يمنح نصيباً فى تركة المورث[٣].

---

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٣١٩ .

(٢) دكتور/ هشام على صادق، دكتور/ عكاشه محمد عبد العال: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٤١ .

(٣) دكتور / صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٣٠٧ .

٢- التركة الشاغرة:

القاعدة العامة فى القانون الرومانى أن الوارث كان بالخيار بين قبول التركة أو رفضها. وكانت التركة فى الفترة بين وفاة المورث وقبول الوارث لها تسمى بالتركة الشاغرة، لأنه لا مالك لها حيث أن مالكها الأصيل قد مات والخلف لم يحدد موقفه منها قبولاً أو رفضاً[١] وكان يترتب على ذلك صعوبات عديدة من الوجهة العملية، وقد استعان الفقهاء بالافتراض لتلافيها.

ففى بادئ الأمر استعانوا بالافتراض الآتى: يعتبر الوارث الذى قبل التركة مالكاً لها من تاريخ وفاة المورث. ثم لجأ الفقيه «جوليانوس» إلى افتراض آخر مؤداه، افتراض المورث حياً ومن ثم تستمر ملكيته للتركة حتى تاريخ قبول الوارث لها[٢]. ولا يخفى ما فى هذا الافتراض الأخير من مخالفة للحقيقة التى تقضى بانتهاء الشخصية القانونية للشخص بمجرد وفاته[٣].

٣- الشخصية المعنوية:

الأصل أن كلمة شخص لا تطلق إلا على أفراد النوع الإنسانى الذين لهم أهلية اكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات باعتبارهم كائنات عاقلة.

---

(١) دكتور/ هشام على صادق، دكتور/ عكاشة محمد عبد العال: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٤٢ .

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٢٨

(٣) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٣٢٠ .

وقد عرف القانون الرومانى إلى جانب الأشخاص الطبيعيين، أشخاصاً آخرين لا وجود لهم إلا فى الذهن. افترض الفقهاء وجودهم بأن جعلوا لهم كياناً قانونياً واعتبروهم كالإنسان أهلاً لاكتساب الحق وللالتزام بالواجب، ولذلك سميت بالأشخاص المعنوية أو الاعتبارية أو القانونية، وكان الرومان يطلقون عليها اسم «Universitates» أي جماعات أو هيئات[1]. وقد جرى فقهاء الرومان على اعتبار الشخصية المعنوية فرضاً قانونياً لا حقيقة واقعة، ويستندون فى ذلك إلى أن الشخص لا يكون حقيقة واقعة فى نظر القانون إلا إذا كان قادراً على التفكير وهذا هو شأن الشخص الطبيعى، فالقانون لا يخلق شخصيته، بل يقتصر على الاعتراف بها، أما الشخص الاعتبارى وهو غير قادر على التفكير والإرادة، فالقانون يخلق شخصيته خلقاً، ويخلعها عليه فرضاً، حتى يمكنه بذلك أن يحيا حياة قانونية تتناول بعض مظاهر النشاط القانونى. ولهذا كانت للأشخاص المعنوية فى القانون الرومانى أحكام تختلف عن أحكام الأشخاص الطبيعيين[2].

٤ – نظام التبنى:

كان الرومان يلجأون إلى نظام التبنى فى حالة قصور نظام الزواج عن

---

(1) Girard: Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1929, p. 255 et s.

• Monier: Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1947, T. I, P. 377 et s.

دكتور/ محمد عبد المنعم بدر، دكتور/ عبد المنعم البدراوى: مبادئ القانون الرومانى «تاريخه ونظمه» طبعة ١٩٥٤، مطابع دار الكتاب العربى بمصر، ص٣٠١ وما بعدها.

(٢) دكتور/ عمر ممدوح مصطفى: الموجز فى القانون الرومانى، الجزء الأول، ص٢٦٥ .

تحقيق الغرض الرئيسى منه وهو التناسل. ونظام التبنى يقصد به خلق الآثار التى تترتب على الولادة من زواج شرعى، وهذا النظام قائم على الافتراض الآتى: يفترض فى المتبنى أنه ولد من المتبنى ومن ثم يكون للمتبنى قبل المتبنى نفس الحقوق والالتزامات التى له قبل ابنه من صلبه، ويكون للمتبنى قبل المتبنى نفس الحقوق والالتزامات التى للابن من الصلب فالتبنى قائم على أساس افتراض الصلة الدموية[1].

٥- المركز القانونى للأسرى الرومان:

كان الأسر فى الحروب يعتبر أهم سبب من أسباب الرق فى القوانين القديمة، ومن بينها القانون الرومانى. ولكن القانون الرومانى القديم كان لا يعترف بالقوانين الأجنبية، ومن ثم كان الأسير الأجنبى يعتبر رقيقاً فى نظره، ولكن الأسير الرومانى وإن كان يعتبر رقيقاً فى نظر القانون الأجنبى، إلا أنه لا يفقد حريته فى نظر القانون الرومانى ، فهو ما زال مواطناً رومانياً حراً رغم وقوعه أسيراً فى يد الأعداء، وبناء على ذلك إذا عاد الى روما يعتبر حراً[2]. ولكن بعد ذلك اعتبر الرومان الأسر سبباً من أسباب الرق

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٣٠٩ .

دكتور/ على محمد جعفر : تاريخ القوانين ، ص١٤٥ .

(1) Monier: Cardaschia, Imbert: Histoire des institutions et des fait[illegible]iaux, Paris 1956, p. 400 et s.

- Dek[illegible]s: La ficition juridique, etuds de droit romain et de droit comparé, Thèse, Paris 1935, P. 193.
- Villars Rome et le droit privé, Paris 1977, p. 191.

فى قانون الشعوب. وقد أثار تطبيق هذه الفكرة الجديدة عدة صعوبات، من أهمها حالة وفاة الأسير الرومانى، فتطبيق تلك الفكرة يؤدى إلى زوال شخصيته القانونية ومن ثم عدم انتقال تركته إلى ورثته، ولكن الرومان تحايلوا على ذلك بافتراض أن الأسير الرومانى قد توفى فى نفس اللحظة التى أسر فيها، أى قد توفى وهو حر، ومن ثم تعتبر وصيته التى صدرت منه قبل أسره صحيحة. وقد تضمن قانون كورنيليا هذا الافتراض(١).

الفرع الثانى

أثر نظرية الافتراض فى تطور القانون الإنجليزى

لعب الافتراض دوراً هاماً فى تطور القانون الإنجليزى، يكاد يماثل الدور الذى قام به فى القانون الرومانى. ويرجع ذلك إلى أن الإنجليز - مثل الرومان - من الشعوب المحافظة على تقاليدها، فهم يبقون على نظمهم القديمة ولا يقدمون على إلغائها، بل يتحايلون عليها لجعلها ملائمة لتطورات المجتمع. يضاف إلى ذلك تكاسل المشرع الإنجليزى وإحجامه عن التدخل لتعديل النظم القانونية ، ولعل ذلك التكاسل يرجع إلى أن القانون الإنجليزى قانون غير مكتوب، فهو يعتمد - أساساً - على التقاليد العرفية المتمثلة فى السوابق القضائية. كل ذلك أدى إلى أن تطور القانون الإنجليزى

(1) Gaudemet: Histoire des institutions de l'antiquité, Paris 1967, p. 366.

وقد كان نفس هذا الافتراض يطبق - فى العصر العلمى - فيما يتعلق بالخلافة الإجبارية، أى الإرث بقوة القانون وعن غير طريق الوصية (موسوعة: ٢٨، ٣، ١٥). انظر دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٣٠٨ .

اعتمد - بصفة رئيسية - على مجهود الفقه والقضاء، وقد استعان كلاهما بالافتراض كوسيلة من وسائل تطور القانون[1]. وقد ظهر أثر الافتراض القانوني في النظام القضائي وفي القواعد القانونية الموضوعية.

أولاً: أثر الافتراض في تطور النظام القضائي:

تعد إحدى السمات الهامة الأساسية لتطور النظام القانوني

---

(١) دكتور/ صوفي أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٢٩ .

«ومن الجدير بالملاحظة أن الدراسة التاريخية لتطور النظم القانونية في المجتمع الإنجليزي القديم، لا تستوجب دراسة العادات والأعراف التي كانت موجودة لدى الشعوب الصلتية «Celtes» ، وهي شعوب هندوجرمانية نزحت إلى الجزيرة البريطانية منذ أقدم عصور التاريخ واستوطنت فيها، إذ أن عادات هذه الشعوب وأعرافها - كما يقول الباحثون - لم تترك أثراً يذكر على النظام القانوني الأنجلو سكسوني الذي تبلور فيما بعد. ونفس المقولة تصدق على تلك الفترة التي خضعت فيها الجزيرة لحكم روما (منذ عام ٥٥ ق.م. تاريخ الفتح الروماني لإنجلترا) إذ أن كل أثر للقانون الروماني في الجزيرة قد انتهى بغزوات القبائل الأنجلو سكسونية في القرن الخامس الميلادي ، حيث أتى الغزاه معهم إلي الجزيرة بالأعراف والعادات الجرمانية لحكم المعاملات فيما بينهم. والواقع أن البدايات الأولى ذات الدلالة لنشأة النظم الاجتماعية والقانونية في المجتمع الإنجليزي القديم تبدأ بالغزوات الأنجلو سكسونية في القرن الخامس الميلادي. ثم خطا القانون الإنجليزي «Common law» مراحل تبلور فيها واستقر بدءاً بعهد هنري الثاني (١١٥٤م)، ثم مرحلة تطور القانون الإنجليزي مراعاة لمتطلبات الواقع، وهي ما تسمى بمرحلة قانون الإنصاف «Law of Equity» . انظر دكتور/ محمد نـ. فرحات: تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، الطبعة الثانية ١٩٨٠، ص٣٥٣ .

- G.R.Y. Radcliffe, Cross: The English legal system, London 1946, p.1.

الأنجلو سكسونى - في رأى الفقه الغالب - تتمثل فى أن تطور القواعد الموضوعية للقانون كان يتم من خلال تطور النظام القضائى، من حيث تشكيل المحاكم وطبيعتها واختصاصاتها[١].

وقد كانت ولاية القضاء، منذ الفتح النورماندى (١٠٦٦م)[٢]، موزعة على هيئات ثلاث:

---

(١) دكتور/ محمد نور فرحات: تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، ص٣٥٤ .

(٢) شهدت الجزيرة البريطانية ابتداء من القرن الخامس الميلادى غزوات نوعين من القبائل الجرمانية، هى قبائل الإنجليز «Engles» وقبائل الساكسون «Saxons»، ولم تحدث هذه الغزوات فى شكل فتح عسكرى للجزيرة بل فى شكل موجات من الهجرات المتفرقة وبمرور الزمان، ونتيجة لإغارات القبائل على بعضها البعض من ناحية، وللتزاوج بين أعضاء القبائل المختلفة من ناحية ثانية، اختلط الجنس الإنجليزى والجنس الساكسونى وكونا جنساً واحداً هو الجنس الأنجلو سكسونى، ومع الوقت بدأت الوحدات السياسية الكبيرة فى التكوين، فظهرت مملكة وسكس «Wessex» فى الجنوب، ومرسيا «Mercia» فى الوسط، نورثامبيريا «Northaumbria» فى الشمال، وذلك خلال القرنين السابع والثامن الميلادى. وفى ذلك الوقت بدأت تتوافد على إنجلترا من القارة البعثات التبشيرية، وقد أدى ذلك فضلاً عن نشر المسيحية إلي انتشار كثير من تقاليد القانون الرومانى. وفى القرن التاسع الميلادى تعرضت البلاد لغزوات من قبائل «الدان» الذين طردوا الأنجلوسكسون من الساحل الشمالى للبلاد واستقروا وأقاموا هناك مدة من الزمن. ولكن هذا الغزو الدانى قوبل بمقاومة عنيفة من القبائل الأنجلو سكسونية، وتزعم حركة المقاومة هذه الملك ألفريد (سنة ٨٧٨ - ٩٠٠م) ملك الوسيكس، إلى أن نجح ابنه الأكبر فى طرد الغزاة وتمكن - فى الوقت نفسه - من توحيد البلاد فى مملكة واحدة وذلك قبل قرن من الزمان من الفتح النورماندى، وتتمثل فى هذه الفترة بالذات البدايات الأولى لوضع حجر الأساس للنظام القانونى الأنجلوسكسونى. وكانت انجلترا فى القرن التاسع الميلادى مقسمة إلى مقاطعات «Shires»، =

= وكانت هذه المقاطعات مقسمة بدورها إلى وحدات أصغر تسمى المئات «Hndredes»، وقد أطلق على هذه الوحدات الأصغر اسم «المئات» لأنه كان علي كل وحدة أن تقدم مائة محارب إلى الملك، وكانت كل «مائة» مقسمة إلى عدد من البلدان الصغيرة «Tounships» أو القرى. هذه البلدان والقرى الأنجلو سكسونية الصغيرة كانت عبارة عن مجتمعات منعزلة، يعزلها عن غيرها من الوحدات حزام من الغابات، وتعيش بعيدً عن بعضها وبعيدة كذلك عن السلطة المركزية فى البلاد، وكانت الزراعة هى النشاط الاقتصادى الغالب فى هذه الوحدات، ولم تعرف التجارة إلا فى بعض الصور البدائية النادرة ، وفى ظل هذا الاقتصاد البدائى قلت المنازعات إلا فى حالات قليلة من الاعتداء على الأشخاص، أو خلافات نادرة متعلقة بالأموال أو بالإخلال بعقود تافهة القيمة.

وفي القرن الحادى عشر الميلادى، وعلى وجه التحديد فى عام ١٠٦٦ قامت القبائل النورماندية بزعامة وليام الفاتح بغزو إنجلترا. والقبائل النورماندية هى قبائل إسكندنافية الأصل، قامت فى القرن التاسع الميلادى بغزو سواحل فرنسا وأقامت هناك مملكة فى إقليم عرف بعد ذلك بإقليم نورماندى (أى أرض رجال الشمال The land of north Men). وقد حاول وليام الفاتح فى السنوات الأولى للغزو أن يكتسب صفة الخليفة الشرعى لملوك الأنجلوسكسون، ومن ثم لم يلجأ إلي محاولة إدخال تعديلات جوهرية على قوانين البلاد. وعلى أية حال فلم تكن القوانين النورماندية التى كان يتبعها الفاتحون قبل الغزو بأقل بدائية من القوانين الأنجلوسكسونية. وقد شهدت السنوات اللاحقة للغزو النورماندى لإنجلترا تغييرات أساسية فى النظم القانونية والقضائية السائدة، وهى تغييرات حدثت فى نظم الإدارة والحكم من ناحية، وفى نظام القضاء من ناحية ثانية، وفى القواعد القانونية المطبقة من ناحية ثالثة. انظر دكتور/ محمد نور فرحات: تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، ص٣٥٥ ، ٣٥٦، ٣٦٣ .

- G.R.Y. Radcliffe, Cross: The English legal system, London 1946, p.2.

١- المحاكم الإقطاعية: وكانت تختص بالفصل فى المنازعات التى تثور بين التابعين للنبيل صاحب الإقطاعية[١].

٢- المحاكم الكنسية: وكانت تختص بالمنازعات التى يكون أحد الخصوم فيها من رجال الدين وبالأمور المتعلقة بما يسمى «علاج الروح» بين الأفراد، مثل الزواج والطلاق والاعتداء على المعابد[٢].

---

(١) «كان السيد الإقطاعى يكون فى إقطاعيته محكمة تختص بنظر المنازعات التى تثور بين التابعين والمتعلقة بحيازة الأرض . أى أن هذه المحكمة لم يكن لها اختصاص مدنى خارج تلك المنازعات المتعلقة بحيازة الأرض بين تابعى الإقطاعى ولم يكن لها اختصاص جنائى. أما سائر الاختصاصات المدنية والجنائية فقد كانت من اختصاص المحاكم المحلية إلا أنه باندثار محاكم «المئات» وبتحول المعاونين إلى تابعين فى إقليمهم، اختصت المحاكم الإقطاعية بالنذر اليسير من القضايا المدنية التى كانت ترفع أمام محاكم المئات. ومع ذلك فقد مارست المحاكم الإقطاعية الفصل فى بعض القضايا الجنائية، إذ أن الإقطاعيين قد درجوا فى محاكمهم على نظر بعض القضايا البسيطة التى تمثل إخلالاً بأمن الاقطاعية، كما إشتري بعض الإقطاعيين من الملك امتياز نظر الجرائم التى تحدث فى أقاليمهم نظير بعض الأموال الإضافية يوردونها للخزانة العامة، ثم أصبح ينظر لهذا الامتياز على أنه تابع للالتزام الإقطاعى. انظر دكتور/ محمد نور فرحات: تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، ص٣٧٠ .

(٢) كان وليم الفاتح من دعاة الإصلاح الدينى، ومن أنصار فصل الشئون الدينية للكنيسة عن الشئون الزمنية للدولة، ولهذا فقد اختصت المحاكم الكنسية فى عهده بدعاوى الكفر والزندقة والكذب فى الايمان ودعاوى تأديب رجال الدين وكذلك دعاوى الأحوال الشخصية وخاصة مسائل الزواج والطلاق والمواريث والوصايا. وبدلاً من أن كان نظر هذه الدعاوى يدخل فيما مضى فى اختصاص محاكم المئات أصبحت تدخل فى اختصاص محكمة الأسقف «Bishop» والتى تعلوها محكمة كبير الأساقفة «Archishop» وعلى رأس المحاكم الكنسية يوجد البابا فى روما باعتباره الرئيس=

٣- **المحاكم الملكية**: وكانت تختص بالفصل فى المنازعات التى تثور بين النبلاء، وبمحاكمة من يخل بما يسمى «أمن الملك»، وكان هذا التعبير يعنى فى بادئ الأمر، الاعتداء الواقع على أحد أفراد البيت المالك أو أحد أعضاء حاشية الملك، وكانت تختص بهذه الجرائم محكمة ملكية تسمى محكمة «منصة الملك» ، وكانت هناك محكمة ملكية أخرى تختص بالضرائب تسمى «المحكمة المالية»، وهناك محكمة ثالثة تختص بما يعرض عليها من منازعات مدنية تسمى «محكمة الدعاوى المدنية»(١).

= الأعلى للكنيسة ينظر فى كافة أمورها ويراجع أحكام محاكمها. انظر دكتور/ محمد نور فرحات: تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، ص٣٩٦ .

• Holdsworth: History of Enghlish law, V.I, p. 371.

(١) كان مجلس البلاط هو الهيئة القضائية العليا فى البلاد، وقد كان له فى هذا العصر نوعان من الاختصاصات: فهو باعتباره محكمة إقطاعية تضم كبار الإقطاعيين، كان يختص بالنظر فى المنازعات المتعلقة بالأرض التى تثور بين كبار الإقطاعيين، وباعتباره مجلساً للعرش يجمع أعيان المملكة كان ينظر فى القضايا العادية. واختصاصه الأخير هذا ذو شقين: شق ابتدائى، إذا كان ينظر باعتباره محكمة للدرجة الأولى فى كافة القضايا الجنائية التى تمس أمن المملكة أو كما كان يطلق عليه أمن الملك King's Peace، فضلاً عن الدعاوى الملكية والعمومية التى تتعلق بها مصلحة الملك أو الخزانة العامة، وكان ينظر باعتباره محكمة استئنافية فى الطعون التى ترفع إليه من أحكام المحاكم المحلية أو المحاكم الإقطاعية، وكان الطعن يقدم من المتضرر من الحكم (دون تقيد بمواعيد أو بنصاب)، ثم يصدر المجلس أمراً Writ إلى المحكمة الدنيا بإرسال ملف الدعوى مصحوباً بمذكرة بدفاعها. وتقوم المحكمة الدنيا بارسال ما هو مطلوب منها بصحبة أربعة من أعضائها يتولون الدفاع عن حكمها أمام مجلس البلاط ولمجلس البلاط أن يؤيد حكم محكمة أول درجة أو أن يعيد القضية إليها بطلب إعادة النظر فيها أو أن=

= يتصدى هو للنظر فيها، وفى الحالتين الأخيرتين يحكم على المحكمة بغرامة يدفعها أعضاؤها. وكما قد يكون الطعن فى الحكم بعد صدوره، كان من الجائز أن يتظلم أحد الخصوم إلى مجلس البلاط قبل صدور الحكم إذا كانت لديه أسباب تدفع إلى الشك فى حيدة المحكمة ونزاهتها، وقد يكون هذا التظلم قبل البدء فى إجراءات الدعوى فيصدر الملك - إن تحققت له جدية أسباب التظلم - أمراً بإحالة الدعوى إلى مجلس البلاط، أو يصدر أمراً تحذيرياً إلى المحكمة بنظر الدعوى متوخية وجهة الحق والنزاهة. وقد يكون التظلم بعد بدء إجراءات الدعوى، وللملك فى هذه الحالة أن يصدر أمر استحضار Writ of Centiorari تسحب بمقتضاه الدعوى من المحكمة وتحال إلى مجلس البلاط أما التظلمات التى تتضمن دفعا بعدم اختصاص المحكمة، فللملك أن يصدر أمراً للمحكمة بالامتناع عن نظر الدعوى Writ of Prohibtion إن كانت المحكمة غير مختصة وتدعى اختصاصها، أو يصدر أمراً بنظر الدعوى Writ of mandamus إن كانت المحكمة مختصة وتدعى عدم اختصاصها. على أن هذه الأوامر كلها لم يكن منحها بمثابة حق للخصوم، بل هو امتياز يستند إلى الاختصاص الامتيازى للملك الذى يستند إلى سيادة الملك. وغالباً ما كانت هذه الأوامر تشترى نظير مبلغ من المال يدفعه طالب الأمر إلى الملك. وبمرور الوقت تكاثرت القضايا بأنواعها أمام المجلس أضف إلى ذلك أن الاجتماع العام للمجلس أصبح قليل الانعقاد نظراً لكثرة رحلات الملك فكانت النتيجة المنطقية لذلك أن يتفرع عن المجلس عدد من المحاكم المتخصصة، فتم إنشاء محكمة الطلبات العامة Court of Common Pleas، وقد اختصت بنظر المنازعات المدنية التى لا يتعلق بها حق الملك، وهى الدعاوى المدنية العادية ودعاوى الأراضى. محكمة بيت المال Court of Exchequer وتختص بكل ما يتعلق بالأموال العامة من رقابة على الإيرادات والمصروفات وضبطها ودعوة شريف كل مقاطعة للحساب مرتين في العام. محكمة منصة الملك Court of the King's Bench وتختص بالدعاوى التى تتعلق بها مصلحة الملك ودعاوى الجرائم الماسة بأمن الملك وبالطعون التى ترفع أمامها في أحكام المحاكم الدنيا. محكمة بيت المال الاستئنافية، وقد تم إنشائها عام ١٣٣٨م، لتنظر =

وقد استعملت المحاكم الملكية الافتراض، بغية توسيع اختصاصها على حساب المحاكم الأخرى (المحاكم الإقطاعية والمحاكم الكنسية)، حتى انتهى بها الأمر إلى الاستيلاء على اختصاصاتها وتوحيد جهة التقاضي(١).

= الطعون فى الأحكام الصادرة من محكمة بيت المال الابتدائية. محكمة بيت المال العليا وأنشأت عام ١٥٨٥م، وتختص بنظر الطعون فى الأحكام الابتدائية المدنية والتى تصدر من محكمة منصة الملك، وفي عام ١٨٣٠م صدر قانون عدل من اختصاص محكمة بيت المال العليا ومن تشكيلها بما أدخل على النظام القضائى نوعاً من التناسق، فمن ناحية ألغيت محكمة بيت المال الاستئنافية وأدمجت فى محكمة بيت المال العليا، ومن ناحية ثانية أصبحت جميع أحكام المحاكم الملكية الدنيا (الطلبات العامة، وبيت المال، ومنصة الملك) تستأنف أمام محكمة بيت المال العليا، سواء فى ذلك الأحكام التى تصدر من هذه المحاكم بصفة ابتدائية أو الأحكام التى تصدر من محكمة منصة الملك فى الطعون المرفوعة إليها عن أحكام المحاكم الأخرى، كما أصبح لا يجوز رفع الطعن مباشرة أمام مجلس اللوردات قبل المرور بمحكمة بيت المال العليا. انظر فى تفصيلات ذلك الموضوع، دكتور/ محمد نور فرحات: تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، ص٣٧١، ٣٧٢، ٣٨١ وما بعدها.

• Holdsworth : History of English law, V.I, p. 27.

• F. Maitland: The constitutional history of England, p. 206.

• Pollock, Maitland: History of English law, V.I, p. 138.

(١) يعد السبب الرئيسى فى تنازع الاختصاصات، هو أن القضاة وموظفى المحاكم لم تكن لهم مرتبات محددة، بل كانوا يتقاضون أجورهم مما يحصلونه من رسوم قضائية، لذلك عملت كل محكمة على التوسع فى اختصاصاتها بغية زيادة حصيلة الرسوم القضائية. دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٣١ .

وإزاء ذلك الوضع تمكنت المحاكم الملكية من توسيع دائرة إختصاصاتها، وكان سبيلها إلى ذلك هو اللجوء إلى الافتراض القانونى. فمثلاً: عن طريق تفسير «أمان الملك» تفسيراً موسعاً تمكنت محكمة منصة الملك من مد اختصاصها إلى كل الجرائم(١). ومن جهة أخرى استعملت تلك المحاكم الافتراض لكى تختص بالمسال المدنية، فهى كانت تختص -بصفة استثنائية - بالفصل فى المسائل المدنية التى تتعلق بالأشخاص المتهمين بارتكاب جرائم ماسة بأمان الملك، وقد توسعت فى اختصاصاتها المدنية بأن تفترض المحكمة - خلافاً للواقع - في الإعلان الموجه إلى المدين، أنه قد ارتكب جريمة ماسه بأمان الملك ضد المدعى (الدائن)، ومن ثم يجوز القبض على المدين للمثول أما المحكمة وتصح حينئذ مطالبته بالدين أمامها(٢). وتمكنت كذلك المحكمة المالية - وهى إحدى المحاكم الملكية - من بسط نطاق اختصاصها عن طريق افتراض المحكمة فى الإعلان الموجه ضد المدعى عليه بامتناعه من سداد دين المدعى، قد تسبب فى عدم سداد الضريبة المقررة على المدعى. وبذلك أمكن إلزام المدعى عليه بالحضور أمام المحكمة المالية لأنه أصبح بمثابة مدين للملك(٣). وكذلك استطاعت المحاكم الملكية من مد نطاق اختصاصها ليشمل الدعاوى الخاصة بمنازعات الأراضى - والتى كانت من اختصاص المحاكم الإقطاعية - وذلك بأن تفترض المحكمة

---

(١) دكتور/ عبد المنعم درويش : مقدمة فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٢٦ .

(2) Deans: Legal hustory, p. 107 and s.

مشار إليه بمولف الأستاذ/ على بدوى: أبحاث التاريخ العام للقانون، ص٥٠ .

(٣) دكتور/ عبد المنعم درويش : مقدمة فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٢٦

الملكيـة فى الإعـلان الصـادر بـشـأن المنازعـات حـول الأراضى، أن اللورد -النبـيل صاحب الإقطاعـية - قـد تنازل عن نظر القـضيـة ، ومن ثم يؤول الاخـتـصـاص إلى المحـاكم الملكيـة. ويصف المؤرخـون ذلك الافـتـراض بالافتراض الفاضح[(١)].

وقـد كان الأفـراد يؤثرون التـقاضى أمـام المحـاكم الملكيـة لبسـاطة إجراءاتها وضمان نفاذ أحكامهـا، وكانت المحاكم الملكية تقبل جميع أنواع الدعاوى وتفصل فى شتى المنازعات التى ترفع أمامهـا مستخدمة الافتراض القانونى فى كل الحالات[(٢)].

وكـان من ثمـرة هـذا الافـتـراض بسط ولاية المحـاكم الملـكيـة على حالات لم تـكن تدخل فى دائرة اختـصاصـها[(٣)]. وقـــد ترتب عـلى ذلك توحيد السلطة القضائية فـى البلاد وهو ما أدى بدوره إلى توحيد فى المبادئ القانونية[(٤)].

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٣١١ .

• Janks: Short history of English law, p. 51.

مشار إليه بمؤلف الأستاذ/ على بدوى: أبحاث التاريخ العام للقانون، ص٥٠ .

(٢) دكتور/ محمود السقا: أضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، ص١٤٧ .

(٣) دكتور/ هـشام على صادق، دكتـور/ عكاشه محمـد عبد العال، تاريخ النظم القـانونية والاجتماعية، ص ٢٤٩ .

(٤) دكتور/ عبد المنعم درويش: مقدمة فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٢٧ .

ثانياً: أثر الافتراض فى تطور القواعد القانونية الموضوعية:

لم يقف الافتراض عند توحيد جهات القضاء، بل امتد ليشمل النظم القانونية ذاتها. فقد خلقت قواعد ومبادئ قانونية جديدة أمام هذه المحاكم، كما انتقلت إلى اختصاصاتها حالات جديدة كان عليها أن تقضى فيها أو تبرر وجودها تسهيلاً لفهمها وأطلق على مجموعة هذه المبادئ «الشريعة العامة Common law»[(١)].

فقد أدى تطور النظام القضائى فى إنجلترا، إلى تطور فى النظم القانونية، ذلك أن الأمر قد انتهى في نهاية المطاف إلى توحيد جهة التقاضى واستئثار المحاكم الملكية بولاية القضاء دون المحاكم الأخرى، وأصبحت ولايتها بعد صدور قانون «أكسفورد» عام ١٢٥٨م الذى حدد اختصاصات المحاكم المتعددة، وقانون «وستمنستر» عام ١٢٧٥م، عامة على كل البلاد وفى كل المنازعات، وأصبح لها بمقتضى قانون «وستمنستر» حق استحداث مبادئ قانونية فى حالة قصور السوابق القضائية، ومن مجموعة هذه السوابق القضائية والمبادئ القانونية المستحدثة تكونت مبادئ «الشريعةالعامة»[(٢)]. فمع مرور الزمن والوقت تراكمت الأحكام الصادرة من المحاكم الملكية، واستقر قضاؤها على مبادئ قانونية متعددة، وأصبح ما استقرت عليه المحاكم من مبادئ قانونية للفصل فى مسائل معينة مصدراً قانونياً ملزماً للمحاكم إذا ما عرض عليها فى المستقبل نزاع مماثل. ومن هنا

(١) دكتور/ محمود السقا: أضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، ص١٤٧ .

(٢) دكتور/ عبد العزيز شوكت: البدر الساطع فى أصول النظم والشرائع، ص٤٠١ .

أصبحت السوابق القضائية مصدراً أساسياً وهاماً للقانون الإنجليزى[١].

وقد ساد الاعتقاد بقدسية الشريعة العامة وبعدم جواز الافتئات عليها بالتغيير أو بالتعديل، حتى فى الحالات الجديدة التى كان للقضاة أن يشرعوا لها وأن يضعوا لحكمها مبدأ جديداً، كان هذا المبدأ يرد زعما إلى السوابق القضائية، وانتشر وترسخ مبدأ مضمونه أن الشريعة العامة ذات بناء ثابت وقديم، فيه حل لجميع المسائل بحيث لا يصح أن تتغير قواعده بعمل إنسانى ولو كان عمل البرلمان نفسه[٢]. على أن مشكلة قصور المبادئ القانونية والجامدة عن حكم الواقع الاجتماعى الجديد والمتغير، كان لابد أن تواجه هذا النظام القانونى التقليدى، وكان لابد من تطوير المبادئ القديمة المتوارثة عن الأسلاف لتلائم وضعاً اجتماعياً لم يكن متوقعاً[٣]. وكان هذا إيذاناً بظهور الافتراض كوسيلة لتطوير القانون، فقد استعملت الحيلة كتصوير خيالى لإنشاء بعض النظم القانونية أو لتبريرها حتى يسهل إدراكها وفهمها ومن أمثلة ذلك:

١ - الشركة:

يعتبر العقد هو الأساس الذى تقوم عليه العلاقة بين الشركاء فى القوانين الحديثة. ولكن فى القوانين القديمة كانت العلاقة بين الشركاء تعتمد على أساس افتراض رابطة القرابة فيما بينهم[٤]. ولذلك لم يعرف

---

(١) دكتور/ محمد نور فرحات: تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، ص٣٩٣ .

(٢) دكتور/ محمد نور فرحات: تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، ص٣٩٤

(٣)دكتور/ محمد نور فرحات: تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، ص٣٩٥ .

(٤) دكتور/ صوفي أبو طالب : مبادئ تاريخ القانون، ص٣١٢

القانون الإنجليزى القديم أن الشركة تقوم على عقد، إذ لم يعرف إلا صورة الورثة الذين يشتركون فى أموال التركة، ولهذا السبب لجأ الفقه الإنجليزى إلى الافتراض لإقامة عقد الشركة. فافترض وجود صلة قرابة بين الشركاء، وذلك على غير الحقيقة. ومن هنا كان اللفظ المستخدم للتعبير عن الورثة فى التركة هو ذاته المستعمل للتعبير عن الشركاء فى الشركة(١)، إشارة إلى اعتبار القرابة أساساً لتشاركهم. وقد بقيت إلى عهد حديث فى تشكيل بعض الشركات التجارية الإنجليزية ذات الأصل القديم آثار الصلة المفترضة بين الأقارب، حيث يضاف بعد أسماء الشركاء عبارة «المتضامنون فى الطعام والعبادة والمال»(٢).

٢- الرضاعة:

استعان القانون الأيرلندى القديم بالافتراض القانونى لاعتبار الرضاعة أساساً للقرابة ترتب من النتائج ما يترتب على القرابة الحقيقية. وقد ترتب على القرابة بالرضاع من الآثار القانونية من حقوق والتزامات ما

---

(١) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تكوين الشرائع، ص٢٠١ .

قام نظام الشركة العامة ذات المسئولية المطلقة فى البداية بين الإخوة الذين آلت إليهم تركة رب الأسرة، حيث كانت لهم مصلحة مؤكدة فى عدم اقتسام التركة حتى لا يندرجوا فى قوائم طبقة أدنى من طبقة أبيهم، وهى القوائم التى كانت أساساً للحقوق العامة التى روعى فى تقسيمها الثروة العقارية. دكتور/ عبد العزيز شوكت: البدر الساطع فى أصول النظم والشرائع، ص٣٧٥ .

(٢) الأستاذ/ على بدوى: أبحاث التاريخ العام للقانون، ص٥٥ .

• Maine: Early institutions, p. 233

يترتب على القرابة الحقيقية[1]. وبذلك امتنع على الرجل أن يتزوج ممن أرضعته فى أيرلندا القديمة ، على أساس من القرابة المفترضة بالرضاعة التى تنشأ بين الأم من الرضاع والطفل الذى أرضعته، بحيث تأخذ هذه الصلة حكم الصلة التى تنشأ عن البنوة الطبيعية بين الأم الحقيقية ووليدها[2]. ولما كانت الآثار التى تترتب على الرضاعة هى نفس الآثار التى تترتب على القرابة الحقيقية، كان ذلك داعياً إلى أن يقوم القانون الأيرلندى القديم بإفراد فصل خاص بالحقوق والالتزامات المترتبة على الرضاعة[3].

ومن النظم القانونية التى استحدثها الافتراض القانونى على هذا النحو نظام الرضاع الأدبى المعروف لدى قدماء الأيرلنديين[4]. ويقصد

---

(١) دكتور/ عبد العزيز شوكت: البدر الساطع فى أصول النظم والشرائع، ص٤٠٢ .

(٢) دكتور/ عبد العزيز شوكت: البدر الساطع فى أصول النظم والشرائع، ص٣٧٧ .

(٣) دكتور / صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٣٢ .

(٤) «قام نظام الرضاع الأدبى هذا فى المدارس التى أسسها العلماء «البريهون»، حيث كانت الصلة بين المعلم البريهونى وتلاميذه، فى مرتبة الصلة بين الوالد وأبنائه، ولذلك كان يطلق على المعلم اسم Foster-Father أى الأب من الرضاع، وعلى التلاميذ اسم Foster - Son أى الابن من الرضاع. دكتور/ أبو زيد عبد الباقى: الافتراض ودوره فى تطور القانون، ص٦٥ .

«وقد كانت صورة الرضاع الأدبى أكثر قوة ووضوحاً عند الهنود فى الروابط القانونية بين المعلم البرهمى وتلاميذه، فهو لا يقبض منهم أجراً عاجلاً على ما يتلقونه من تعاليمه الدينية، ولكن القانون الهندى يحتفظ له فى مواضع كثيرة من نصوصه بحـ اث فى أموالهم بعد وفاتهم، بل أن هذا الميراث يتنقل بين أعضاء المعهد الواحد تنقله بين أفراد العشيرة الواحدة. فقد قررت النصوص البرهمية، ومنها ما هو منسوب إلى مانو، أن=

به تلك الصلة الروحية التى تربط بين المعلم وتلميذه، ويقوم هذا النظام على افتراض مؤداه أن الصلة بين المعلم وتلاميذه فى مرتبة الصلة بين الأب وأبنائه، فالمعلم يتولى حضانة الطلبة وتثقيفهم الثقافة القانونية والأدبية العليا، وفى مقابل ذلك تكون له عليهم السلطة الأبوية التى جعلت للأب على ولده. كما قرر له القانون حق الانتفاع مدى حياته بجزء معين مما قد يؤول من الأموال لابنه من الرضاع، وهو بمثابة حق النفقه الواجب على الابن لأبيه. وعلى ذلك فإن الصلة بين المعلم وتلاميذه لم تكن صلة فكرية فحسب، وإنما كانت تعتبر كذلك صلة دموية كالتى تربط أعضاء الأسرة الحقيقية[١].

٣- مصادرة أموال المجرم:

يقضى القانون الإنجليزى بمصادرة أموال المجرم فى بعض الحالات، كجريمة الخيانة العظمى. وعلى ذلك لا تنتقل أموال هذا المجرم - بعد إعدامه- إلى ورثته، بل تذهب إلى الدولة[٢]. وقد اعتمد القانون الإنجليزى

= المتوفى «إذا لم يكن له ذكر ورثه أقرب أقربائه، وإن لم يكن له أقارب فمعلمه الدينى، وإن لم يكن فتلميذه الذى تلقى عنه»، ويضيف الشراح إلى ذلك أنه إذا لم يكن معلمه وتلاميذه أحياء عند وفاته ذهبت التركة إلى زملائه فى الدراسة، وقد نظرت على ضوء هذه المبادئ بعض القضايا الحديثة فى سجلات القضاء الهندى». الأستاذ/ على بدوى: أبحاث التاريخ العام للقانون، ص٥٩ .

• Maine: Early institutions, p. 244 .

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٣٣٥ .

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٣١٣ .

على الافتراض القانونى لتبرير هذه الآثار وتفسيرها، فقد علل الفقهاء الإنجليز حرمان الابن البرئ من أموال مورثه بأن ارتكاب الجريمة يدل على «فساد فى دمه العائلى يترتب عليه إيقاف سير الإرث الشرعى». ورتبوا على هذا التبرير الذى يقوم على مجرد تصوير خيالى للواقع، حرمان الابن البرئ من إرث جده إن كان حياً، لأن السبيل الذى تعبره الأموال من الأصل إلى الفرع قد فسد بالجريمة وانقطع مجراه(١).

المطلب الثالث

أثر نظرية الافتراض فى تطور الفقه الإسلامى

لم يكن للافتراض أثر يذكر فى الفقه الإسلامى(٢)، وبصفة خاصة

---

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٣٣٦ .

«وقد ألغيت عقوبة مصادرة أموال المحكوم عليه فى إنجلترا بقانون صدر فى عام ١٨٧٠»

الأستاذ/ على بدوى: أبحاث التاريخ العام للقانون، ص٦٠ . وقد أشار إلى:

• Goadby : Commentary on Egyptian Criminal Law, 1924, Part I, p. 265.

(٢) عرف الافتراض عند فقهاء المسلمين باسم «الحيلة».

وقد ظهرت الحيلة فى الشرائع السابقة على الإسلام، وقد جاء ذكرها فى القرآن الكريم فى مواضع عديدة، ومن هذه الحيل التى وردت فى القرآن الكريم، حيلة نبى الله «أيوب» عليه السلام، فقد جاء فى قوله تعالى: «وخذ بيدك ضغثا فا ب به ولا تحنث»، وقد كان ذلك مخرجاً لنبى الله «أيوب» من الحنث فى يمينه، عندما حلف ليضربن زوجته مائه سوط، فأذنه الله سبحانه أن يتحللْ من يمينه بحيلة مقتضاها أن =

فى العهود السابقة على نشأة المذاهب الكبرى وتدوين فقهها[١]. فالمتعمق فى الفقه الإسلامى وفى حقيقة البناء القانونى داخل الشريعة الإسلامية، يجد أنها شريعة بحسب تكوينها القانونى لا تلجأ إلى الافتراض، فينعدم من ثم كل دور له، وقد وضح ذلك فى العهود الأولى السابقة على نشأة المذاهب الفقهية[٢]. ويرجع ذلك إلي أن طبيعة الشريعة الإسلامية تختلف

= يأخذ ضغثا به مئة عود، ويضربها به ضربة واحدة. وكذلك حيلة نبى الله «يوسف» لاستبقاء أخيه عنده بدس الصواع فى رحله حتى يتهم بالسرقة، وبذلك يتمكن من استبقائه عنده، وقد ورد ذلك فى قوله تعالى «ولما جهزهم بجهازهم جعل السقاية فى رحل أخيه». كما حكى القران الكريم عن حيل اليهود الماكره كحيلة أصحاب السبت، فقال تعالى «ولقد علمتم الذين إعتدوا منكم فى السبت فقلنا لهم كونوا قردة خاسئين»، وقد جاء فى كتب التفسير أن الله سبحانه وتعالى قد أمر اليهود أن يكون عيدهم الجمعة من كل أسبوع، إلا أنهم أبوا إلا السبت، فأجيبوا إلى ما طلبوا، وأمروا أن يتفرغوا للعبادة، وحرم الله عليهم صيد السمك فى هذا اليوم، وقد ابتلاهم الله فكانت الأسماك تأتيهم يوم السبت ظاهرة على سطح الماء، ثم تختفى طوال الأسبوع، حتى السبت الذى يليه، وقد أطاعوا الله زمناً لا يصطادون فى يوم السبت، ولكنهم تحايلوا بعد ذلك للاصطياد فى السبت بصورة الاصطياد فى غيره، بحيل متعددة ظاهرها الامتثال لما أمر الله وحقيقتها التمرد والعصيان. فمسخهم الله قردة. انظر دكتور/ أبو زيد عبد الباقى مصطفى: الافتراض ودوره فى تطور القانون، ص٦٨ . الشيخ / محمّد عبد الوهاب بحيرى: الحيل فى الشريعة الإسلامية وشرح ما ورد فيها من الآيات والأحاديث أو كشف النقاب عن موقع الحيل من السنة والكتاب، طبعة ١٩٧٤، ص٤٠ .

(١) دكتور/ صوفي أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٣٢ .

(٢) دكتور/ هشام على صادق، دكتور/ عكاشة محمد عبد العال: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص٢٥١ .

عن طبيعة القانون الروماني والقانون الإنجليزى، فقد فرض الافتراض نفسه فى هذين القانونين لأسباب خاصة بهما[١]، بينما كان أثره محدوداً فى الفقه الإسلامى نظراً لأن الشريعة الإسلامية تتميز عن القوانين الوضعية سواء من ناحية مصادرها الرئيسية ، أو من ناحية طبيعة قواعدها القانونية: فالشريعة الإسلامية تستمد أحكامها فى غالب الأحوال من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وهذه الأحكام قد جاءت بمبادئ عامة وأصول كلية، تاركة المسائل التفصيلية إلى اجتهاد الفقهاء والقضاة، ولذلك لم يضطر الناس في العهود الأولى إلى الاستعانة بالافتراض لتعديل القواعد القانونية.

وعندما اتسعت رقعة الدولة الإسلامية اتساعاً عظيماً وسريعاً، واتصل المسلمون بحضارات لم يكن لهم بها عهد من قبل، كالحضارة الفارسية فى فارس والعراق والحضارة الرومانية فى مصر والشام ، وواجهة المسلمون مسائل كثيرة فى كل شأن من شئون الحياة تحتاج إلى تشريع، لم يكونوا يحتاجون إليه وهم فى جزيرة العرب، نجد أن المشرعين الأولين فى هذا الصدد قد لجأوا إلى استنباط الأحكام الشرعية من الأدلة التفصيلية، مسترشدين بما توحى به حكمة التشريع وبما تقتضيه المحافظة على المصالح العامة. غير أنه فى خلال العصر العباسي، وبعد أن تكونت المذاهب الفقهية، وتنوعت البحوث العلمية فى أصول الشريعة وأحكامها، بدأ الافتراض يظهر عند أصحاب مدرسة الرأى فى الكوفة، كوسيلة للتوفيق

---

(١)راجع ما سبق تحت عنوان «أثر نظرية الافتراض فى تطور القانون الرومانى .. أثر نظرية الافتراض فى تطور القانون الإنجليزى».

بين المثل الأعلى والحقيقة الواقعة، وكوسيلة للتيسير فى الأحكام الشرعية. وبمضى الزمن أخذ البعض يلجأ إليه - بعد ضعف الوازع الدينى - للتخلص من واجباتهم أو إسقاط حقوق الغير قبلهم، مما دفع الفقهاء إلى وضع عدد كبير من المؤلفات الخاصة «بالحيل» - الافتراضات - والمخارج لبيان ما يجوز استعماله منها وما لا يجوز(١).

وقبل أن نتحدث عن أثر نظرية الافتراض «الحيلة» فى تطور الفقه الإسلامى، نقوم ببحث تعريف الحيلة فى الفقه الإسلامى، ثم نميزها عما يشتبه بها، ثم نوضح أنواعها ومدي مشروعيتها.

الفرع الأول

فكرة الافتراض «الحيلة» فى الفقه الإسلامى

أولاً: تعريف الافتراض «الحيلة»:

اختلفت عبارات الفقهاء المسلمين في تعريف «الحيلة» تبعاً لاختلاف الزاوية التي ينظرون منها إلى الحيلة، فمنهم من نظر إليها على أنها تؤدى إلى أغراض مشروعه لا تنافى للدين غرضاً ولا تأبى للشريعة مقصداً، ولا يراد بها إبطال حق أو إحقاق باطل، وإنما الهدف منها اليسر ورفع الحرج والخروج من المشاكل والأزمات إلى مجال التسامح والرفق والرحمة، فإذا ما قصد بها غير ذلك من أغراض خبيثة ومقاصد سيئة كانت الحرمة حكمها، والعمل على إبطالها واجب دينى، وهؤلاء هم الحنفية الذين تكلموا أكثر

---

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٣٢٢.

من غيـرهم فى موضوع الحيل، باعـتبارها مخـرجاً شرعيـاً لمن أبتلى بحادثة دينية مـادام ذلك لا يناقض أصلاً من أصـول الدين وقواعده الكـلية. ولعل هذا من أهم أسباب مرونة هذا المذهب الفقهى واتساعه ونمو أفكاره، ويتفق معـه - إلي حد كبيـر - المذهب الشافعى، حـيث أن من أصول هذا المذهب جـريان العقـود على ظاهر الأمـر دون السؤال عن القـصد، وربما أخـذ عن المذهب أيضاً عدم تأثر العقد بما يسبقه من مواطأة وعدم فساده بما يقارنه من النيات، وذلك على خـلاف عن الإمام الشافـعى فى هذين الأصلين. بيد أن غالبيـة الفقهاء نظروا إلى «الحيلة» باعـتبارها وسيلة تعـمل على هدم قواعد الشريعـة وأحكامها، فـهى ذلك الوجه المذموم الذى يتـخذه المحتال أسـاساً للفـرار من الأحكام الشـرعيـة، ومناهضـة أحكام الدين، ويمكن القـول بأن المالكيـة والحنابلة هم أشد خـصوم الحـيلة، ومن المنكرين لهـا والناعين على الأخذ بها[١].

وعرف ابن القيم الحـيلة بأنها «نوع مخصوص من التـصرف والعمل الذى يتحول به فاعله من حال إلى حال، ثم غلب عليهـا بالعرف استعمالها فى سلوك الطرق الخفية التى يتوصل بها الرجل إلى حصول غرضه، بحيث لا يتـفطن له إلا بنوع مـن الذكـاء والفطنة[٢]. ويعـد هذا التـعـريف - فى

---

(١) دكتـور/ محمـود عبـد الرحيم الديب: الحيل فـى القانون المدنى «دراسة مـقارنة بالفـقه الإسلامى»، الناشر دار الجامعة الجديدة للنشر، ص٩٦ .

وانظر فى تفـصيـلات تعريف الحـيلة فى المذاهب الفـقهـية الـكبرى «الحنفـية، المالكيـة، الشـافعية، الحنابلة»، ص٩٧-١٠٧ من نفس المرجع.

(٢) ابن القيم الجوزية: إعلام الموقـعين، الجزء الثالث، طبعة مطبعـة النهضة الجديدة، ١٩٦٨، ص٢٤٠ .

تقديرنا - هو أسلم التعاريف التى قال بها فقهاء الشريعة، والتى جاءت في أغلبها قاصرة، لأنهم فى هذا الصدد قاموا بالتركيز فى التعريف على نوع واحد من الحيل، ألا وهى الحيل المحرمة(١)، بينما أهملوا الحيل غير المحرمة.

ثانيا: تمييز الحيلة عما قد يشتبه بها:

ينبغى علينا أن نميز بين الحيلة وبين بعض الاصطلاحات الفقهية لقوة التشابه بينهما وحتى يتسنى لنا أن نقف على مفهوم الحيلة فى الفقه الإسلامى.

أ- الحيلة والرخصة:

الرخصة هى تشريع استثنائى جاء به الإسلام، ودعا الناس إلي العمل به، لأن كل أمر شاق جعل الشارع فيه للمكلف مخرجا، وقصد الشارع بذلك المخرج أن يتحراه المكلف متى وجدت أسبابه - فإذا خرج المكلف من

= وقد عرف ابن تيمية الحيلة بقوله: «الحيلة أن يقصد سقوط الواجب، أو حل الحرام، بفعل لم يقصد به ما جعل ذلك الفعل له». وعرفها الشاطبى بأنها: «تقديم عمل ظاهر الجواز لابطال حكم شرعى، وتحويله فى الظاهر إلى حكم آخر، فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة فى الواقع». وقال ابن قدامة أن من يلجأ إلى الحيلة إنما يريد «أن يظهر عقداً مباحاً يريد به محرما، مخادعة وتوسلا إلى فعل ما حرم الله واستباحه محظوراته، أو إسقاط واجب، أو دفع حق». انظر فى ذلك دكتور/ نجاشى على إبراهيم: الحيل فى الفقه الإسلامى، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر عام ١٩٧٣، ص٧ وما بعدها.

(١) إعمالاً لقول الرسول ﷺ : «لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل».

هذا المخرج على الوجه الذى شرع له، كان ممتثلاً لأمر الشارع، آخذاً بالحزم في أمره، وإذا لم يفعل ذلك وأراد الخروج من الضيق بغير وجهه المشروع، فإنه يقع في المحظور من ناحيتين: أحداهما: مخالفته لقصد الشارع، والثاني: سد أبواب التيسير على نفسه(١).

وإذا كانت الرخصة على هذا النحو تشريعاً استثنائياً، فمعنى ذلك أنه دل عليها دليل، فقد قام الدليل فى كل أنواعها مشيراً إليها، وهى بهذا تختلف عن الحيلة تماماً. ذلك أن الحيلة رغم انتقالها من حكم إلى حكم -وهذا ما يجعلها شبيهة بالرخصة - إلا أن الحكم الأول قام عليه الدليل ودل عليه، بخلاف الحكم الثانى المقرر بواسطة الحيلة. فلم يقم عليه دليل، وبالتالى ليس تشريعاً بعكس الحال فى الرخصة.

وتتفق الرخصة مع الحيلة فى أن كلا منهما يؤدى إلى الانتقال بالحكم - فى الموضوع الواحد - من الشدة إلى اليسر، فالرخصة تنقل الحكم من العزيمة إلي الرخصة، تخفيفاً على العباد، وتيسيراً عليهم، ويتم ذلك بالانتقال من الحكم الشرعى إلى حكم شرعى آخر أيسر وأخف من سابقه، والحيلة تنقل الحكم من التشريع الأصلى إلى اجتهاد شخص تخفيفاً على المحتال وتيسيراً عليه، ويتم ذلك بالانتقال بالحكم الشرعى الأصلى إلى حكم آخر لا يتفرع عن الحكم الأصلى إلا فى نظر المحتال، ولا تؤدى إليه نصوص الشريعة.

ويمكن إيجاز الخلاف بين الرخصة والحيلة فيما يلى:

١ - المترخص لا يخشى إطلاع الناس على حاله، لأنه سلك الطريق

---

(١) الموافقات للشاطبى، الجزء الأول، طبعة دار الفكر، ص٢٤٠ .

المعهود الذى شرعه الله للعباد، بخلاف الحال بالنسبة للمحتال فإنه يعمل جاهداً على ألا يطلع أحد على أفعاله خشية افتضاح أمره، وذلك لأنه سلك الطريق غير المعهود الذى لا تقره النصوص الشرعية، هذا إذا كانت الحيلة مذمومة، أما إن كانت مشروعة فإن التفرقة تدق بينها وبين الرخصة، ومع ذلك تظل تلك التفرقة قائمة إذ الرخصة أمر مشروع فى الدين وجاءت به نصوص صريحة، بخلاف الحيلة المشروعة فإنه لا توجد نصوص تنهض دليلاً عليها.

٢- المترخص يصل إلى غرضه من جهة الشرع الحكيم، بخلاف المحتال - فى الحيل المذمومة - فإنه يصل إلى غرضه من غير الوجهة المشروعة، وفى الحيل المشروعة لا يصل المحتال إلى غرضه إلا بالاجتهاد وإعمال الرأى والفكر.

٣- الرخصة جزء من الشريعة التى شرعها الله عز وجل لعباده، وجاءت على لسان نبيه ﷺ، وتضمنتها أصول الأدلة نصاً فى مقابلة دليل شرعى آخر ثابت بالأدلة أيضاً هو «العزيمة»، فالرخصة تشريع استثنائى. أما الحيلة فليست شريعة مستندة إلى دليل فى مقابلة شريعة أخرى مستندة إلى دليل سابق عليها، وإنما هى محاولة ذهنية وعقلية بهدف الانتقال والتحول من حكم شرعى ثابت بالأدلة إلى حكم آخر ثابت بالرأى، وذلك بناء على فهم خفى لا يفطن إليه عادة إلا أصحاب العقول النيرة. فالرخصة إذاً جزء من الشريعة جاءت وحياً وثبتت دليلاً وقامت تخفيفاً، أما الحيلة فليست كذلك.

٤- أخيراً نجد أن مسوغات الرخص تختلف عن مسوغات الحيل، فالرخص تقوم على الخوف من تلف النفس أو الأعضاء أو توقع ضرر

شـديد ينشـأ عنه حـرج زائد، ومن ثم تأتى الرخـصة مـتنوعـة على حـسب تفـاوت هذه المسوغـات فى معـيـار الضرر قـوة وضعـفا. في حين نجـد أن مسوغات الحـيل تختلف بحسب غرض المحتال نفسـه، وما إذا كانت حيلة مشروعة أو غير مشروعة، فلكل حيلة هدفها الكامن فى نفس المحتال(١).

ب- الحيلة والتقية:

قـد تلجئ الضرورة المكـلف أن يرتكب فعـلاً أو يتلفظ بقـول لم يرد النص بإباحـته شـرعـاً، مع اطمئنان قلبـه بما ورد به النص، وفى هذه الحـالة يكون قد خالف النصوص مخـالفة ظاهرة وهو يعلم بهذه المخالفة، واضطر إلي ذلك لظروف عصيبـة قد يكون فيها حقناً لدمائه أو إبقـاءً لحياته . كمن يمالئ السلطان - مـخالفاً بذلـك نصاً شرعـياً أو حكمـاً فقهـياً - خـوفاً من جبـروته وفراراً من طغيانه . مـثل هذا الفرض يطلق عليه الفـقهاء «التقـية» ويسمى الشخص القائم بالفعل «متق».

وبالنظر الدقـيق فى معنى التـقية، يلاحـظ أن هناك تشابهاً بـين الحيلة والتقية. ويعـد الاتفاق بين الحيلة والتقية أمراً ظاهراً، فكل منهـما عبارة عن سلوك لم يعـتده الناس فى حـياتهم العـادية، فالمحـتال يظهـر سلوكاً معـيناً يقصد به الـوصول إلي غرضه ومصلحـته، وهو نفس القصد الـذى يقصده المتقى بتقيته، فكلاهما سواء فى أن ما صدر منهما لا يعبر عن قصد صحيح أو إرادة معـينه، لأن ما فى داخل النفس يخـتلف تماماً عمـا ظهر احتـيالاً أو تقيـة. ومن شدة الشـبه بين الحـيلة والتقـية ذهب فـقهاء الأحنـاف إلى عدم

---

(١) دكتـور/ محمـود عبد الرحيـم الديب : الحيل فى القانون المدنى «دراسـة مقارنة بالفـقه الإسلامى»، ص١٢٤ - ١٢٥ .

الأخذ بالتقية، بل هى فى نظرهم حيلة من الحيل واعتبروها لوناً خاصا بأهله- وهم الشيعة - لأنها تتصل بعقيدتهم، وأيضاً لم يأخذوا بها لما فيها من التكلف والمبالغة التى لم يقم عليها دليل ناهض.

ومع هذا التشابه الكبير بين التقية والحيلة، إلا أن الخلاف بينهما لا يزال قائماً، فالحيلة يستعملها المكلف للوصول إلى مصلحته، وذلك بالاحتيال على النصوص التى تقف حائلاً فى طريقه، وذلك إذا كانت الحيلة غير مشروعة، أو النصوص التى لا تؤدى إلى غرضه إلا من التدبر والاجتهاد، إذا ما كانت الحيلة مشروعة، وذلك بخلاف التقية التى لا تصطدم - غالباً - بالنصوص فى المعنى. يضاف إلى ذلك أن المحتال يلجأ إلى الحيلة المشروعة لينعم بما يمكن أن يكون يسرا في الدين، وحتى لا يظهر بمظهر من يتحدى الشريعة، أو الوصول إلى غرضه المنشود إذا ما كانت الحيلة غير مشروعة، ومن ثم فإن مجال الحيل هو الفقه كل الفقه، حيث أنها لا تمانع من الظهور بما يخالف الشريعة، مع الاكتفاء بما يحفظه القلب، بما ليس مثل الظاهر، درءاً للخطر وانتهازاً لفرصة مواتية، لأنها تستعمل عند خوف الوقوع فى خطر من جراء إعلان الشخص الحقيقة، وإظهار العقيدة(١).

جـ- الحيلة والذريعة:

الذريعة فى اللغة تعنى: «ما كان وسيلة وطريقاً إلى الشئ»، ثم

---

(١) دكتور/ على حسن عبد القادر: نظرة عامة فى تاريخ الفقه الإسلامى، الطبعة الثالثة، ١٩٦٥، ص٢٣٨ .

دكتور/ نجاشى على إبراهيم: الحيل فى الفقه الإسلامى، ص٣٩٦ .

دكتور/ محمود عبد الرحيم الديب: الحيل فى القانون المدنى «دراسة مقارنة بالفقه الاسلامى»، ص١٢٦ - ١٢٨ .

صارت فى عرف الفقهاء عبارة عما أفضت إلى فعل محرم ولو تجردت عن ذلك الإفضاء لم يكن فيها مفسدة، ولهذا قيل: «الذريعة الفعل الذى ظاهره أنه مباح وهو وسيلة إلى فعل المحرم، وأن سد الذرائع على هذا النحو هو منع ما يجوز منه إذا كان موصلا إلى مالا يجوز»(١). وبذلك فإن الذرائع تشتبه بالحيل وتختلط بها، ولذلك فإن المكلف يمنع من الفعل المباح الذى يؤدى إلى الحرام، لأنه لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضى إليها، كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود ومعنى هذا أن مبدأ سد الذرائع يعنى المنع من الحلال مخافة الوقوع فى الحرام.

وتتفق الحيلة مع الذريعة فى أن كل منهما يقوم على التوصل بما هو مصلحة إلى ما هو مفسدة، ويؤكد هذا التشابه الكبير بين الحيلة والذريعة، أن المالكية والحنابلة - وهما من أشد المعارضين للحيل - اختلفوا فى بعض الجزئيات، هل هى حيلة يجب إبطالها أم ذريعة يجب سدها(٢).

---

(١) دكتور/ عبد القادر محمد أبو العلا: الذرائع فى الفقه الإسلامى، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط، العدد الثانى، ١٩٨٤، ص١٣٦ وما بعدها .

(٢) من أمثلة ذلك بيع العينة، وهو أن يستقرض رجل آخر شيئاً فلا يقرضه قرضاً حسناً، بل يعطيه عينا ويبيعها من المقترض بأكثر من القيمة، وقد سميت بذلك لأنها أعراض عن الدين إلى العين. فقد ذهب الإمام «مالك» إلى أن مسألة العينة من الذرائع التى يجب أن تسد، فى حين ذهب «ابن القيم» إلى أنها من الحيل الواجب إبطالها، على اختلاف بين مبطلوا الحيل فى إبطال العقد الأول وحده أو الثانى وحده أو هما معاً. دكتور/ محمود عبد الرحيم الديب: الحيل فى القانون المدنى «دراسة مقارنة بالفقه الاسلامى» ، ص١٣٣

ومع هذا التشابه الكبير بين الحيل والذرائع، إلا أن الاختلاف بينهما واضح ويمكن إجماله في النقاط الآتية:

١ - الذرائع تؤدى إلى المفسدة ولذا وجب سدها، بخلاف الحيل فإنها وإن كانت تؤدى إلى هدم قواعد الشريعة - غالباً - إلا أنها قد تؤدى إلى مصلحة مشروعة ومن ثم لا يجوز إبطالها.

٢ - الذرائع يجب سدها ولو لم يقصد صاحبها الوصول إلي المفسدة، بخلاف الحيل فإنها لا تبطل إلا إذا ظهر صاحبها ونيته في هدم قواعد الشريعة، ولهذا تثور مسألة الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة بالنسبة للحيل، على خلاف بين الفقهاء في أيهما أولى بالاعتبار . بيد أن هذه المسألة لا تثور بالنسبة للذرائع، فهي من الواجب سدها قصد صاحبها المفسدة أم لم يقصد.

٣- الحيل - خاصة غير المشروعة - أعم من الذرائع، لأن الاحتيال من أجل إسقاط حكم شرعي، ما هو إلا ذريعة لانتفاء الحكم عن المحتال، فكل حيلة تؤدى إلى مفسدة تعتبر ذريعة يجب أن تسد، ومن هنا كانت كل حيلة ذريعة وليس العكس، فالذريعة لا تكون حيلة لعدم وجود القصد فيها غالباً[١].

ثالثاً: أنواع الحيل :

قسم الفقهاء المسلمين الحيلة إلى عدة أقسام، تختلف بحسب الزاوية التي ينظر منها إليها. فهي تنقسم من حيث صورتها إلى حيلة قولية أو

---

(١) دكتور/ محمود عبد الرحيم الديب: الحيل في القانون المدني «دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي»، ص١٣٤ .

لفظيـة، وحيلة عـمليـة. وتنقسـم من حيث حكمـهـا إلى حيل مـحرمـة أو مذمومة، وحيل غير محرمة أو محموده.

ويعـد أهم هذه التـقسـمات فى الـواقع هو التقسـيم الذى ينظر إلى الحيلة اعتـماداً على الغاية المقصودة منهـا والغرض الذى ترمى إليه، ولذلك فسوف نستعرض المقصود منه.

أ- الحيل المشروعة:

هى الحيل التى ترمى إلي غاية مشروعة، وتنقسم إلى أنواع ثلاثة:

النوع الأول: وتكون الوسيلة فيه مشروعة، وما يترتب عليها مشروع. ويقصد به استعمال الأسباب التى وضعها الشارع مفضية إلى مسبباتها، مثل استعـمال البيع لنقل الملكية، والإيجـار للحصول على منفعـة الشئ المؤجر. وهذا النوع من الحـيل لا يختلف الفـقه فى صحـته، فـهو شـرع الله وأمره. ونحن نميل مع بعض الفقهاء المعاصرين إلى القول بأن هذا النوع لا يعد فى حقيـقته من قبيل الحـيل بالمعنى الذى نقصده[1]، إذ أنه لا يـنطوى علـى أية مخـالفة لـلحقـيقة أو لـلواقع الملموس، كـما أنه لا يرمى إلي تعـديل حكم الشرع أو إلى استبعاد تطبيقه.

النوع الثانى: وتكون الوسيلة فيه مشروعة،وما يترتب عليها مشروع ، إلا أن هذه الوسـيلة قد وضـعت لتحـقيق غـرض آخر غـير الغـرض الذى استعملت من أجله. ومثال ذلك أن يتزوج الرجل من المرأة ليعتز بأهلها. أو

(١) فضيلة الشيخ/ محمد أبو زهرة: أبو حنيفة، الطبعة الثانية، ١٩٥٥، ص٢١

دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٣١٤ .

ليستعين بمالها فيما لا يغضب الله[١]. فمثل هذا النوع من الحيل صحيح وجائز شرعا، لأنه وإن كانت الغاية الأساسية من الزواج هى النسل والعفة عما حرم الله، فإن زواج المرأة لمالها، أو للاستنصار بأهلها لا يتعارض وهذه الغاية الأساسية[٢].

النوع الثالث: وتكون الوسيلة فيه غير مشروعة، ولكن الغاية التى تترتب عليها مشروعة، ومثال ذلك استعانة الدائن بشهود زور لكى يثبت حقه الذى ينكره المدين كذباً، وقد اختلف الفقهاء فى شأن هذا النوع من الحيل، فمنهم من يحرمه[٣]، ومنهم من يرى أنه صحيح ولكن الإنسان يأثم على الوسيلة وحدها[٤].

ب- الحيل المحظورة:

هى ما كانت الغاية منها غير مشروعة. وتنقسم هذه الحيل بدورها إلى نوعين:

---

(١) الشيخ محمد عبد الوهاب بحيرى: الحيل فى الشريعة الإسلامية ، ص٢٥ .

دكتور/ عبد السلام ذهنى: الحيل المحظور منها والمشروع، طبعة ١٩٤٦، فقرة ٦٧ مكرر(٥).

(٢) دكتور/ أبو زيد عبد الباقى مصطفى: الافتراض ودوره فى تطور القانون، ص٧٣ .

(٣) الشيخ محمد عبد الوهاب بحيرى: الحيل فى الشريعة الإسلامية ، ص٢٥ .

دكتور/ عبد السلام ذهنى: الحيل المحظور منها والمشروع، طبعة ١٩٤٦، فقرة ٦٧ مكرر(٥).

(٤) ابن القيم الجوزية: إعلام الموقعين، الجزء الثالث، ص٣٣٥ .

دكتور/ نجاشى على إبراهيم : الحيل فى الفقه الإسلامى، ص٥٣٦ .

النوع الأول: وفيه تكون الوسيلة مشروعة، ولكن قصد بها الوصول إلى محرم. ومثال ذلك السفر لقطع الطريق أو القتل، والبيع للحصول على الربا، وهبة المال قبيل تمام الحول ثم استعادته ثانية بقصد الفرار من الزكاة. مثل هذا التحايل محرم بلا خلاف، ذلك أنه وإن كانت الوسيلة مشروعة في جميع الصور السابقة، إلا أنها قد استعملت بقصد الوصول إلى أمر محرم(١).

النوع الثاني: وتكون الوسيلة فيه غير مشروعة، وتفضى إلى غاية غير مشروعة. مثال ذلك من تناول المسكر ليسقط عنه فرض الصلاة، والتحايل على فسخ عقد الزواج بالردة، وهذا النوع من الحيل واضح الحظر والتحريم(٢).

رابعاً: مدى مشروعية الحيلة فى الفقه الإسلامى:

انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية فى شأن مشروعية الحيلة إلي آراء ثلاثة. فبينما ذهب رأى إلى إجازتها بإطلاق، نجد رأياً آخر قد ذهب إلى منعها بإطلاق، أما الرأى الثالث فقد فرق أصحابه بين الحيل التى تهدف إلى مصلحة مشروعة فأجازوها، والحيل التى تهدف إلى مصلحة غير مشروعة فحرموها(٣). وسنعرض لهذه الآراء الثلاثة بشئ من التفصيل.

---

(١) ابن القيم الجوزية: إعلام الموقعين، الجزء الثالث، ص٣٣٥.

(٢) دكتور/ أبو زيد عبد الباقى مصطفى: الافتراض ودوره فى تطور القانون ٧٤.

(٣) دكتور/ أبو زيد عبد الباقى مصطفى: الافتراض ودوره فى تطور القانون، ص٧٤.

الرأى الأول: إجازة الأخذ بالحيل بإطلاق:

يرى أصحاب هذا الرأى إجازة الأخذ بالحيل، ويستندون فى ذلك إلي الكتاب والسنة، فقد أخذوا قصة نبى الله «أيوب» وقصة نبى الله «يوسف» مع أخيه والتى حكى عنها القرآن، دليل على جواز الحيل. كما استندوا إلى بعض أحاديث الرسول ﷺ، ومنها قوله لمن أتاه يخبره بأنه حلف بطلاق زوجته ثلاثاً أنه لا يكلم أخاه : «طلقها واحدة، فإذا انقضت عدتها، فكلم أخاك ثم تزوجها»(١). كما يستندون إلى أن إجراء الأمور والتصرفات على ظاهرها يؤدى إلى استقرار المعاملات بين الأفراد، مع ترك ما أضمره الإنسان إلى الله عز وجل(٢).

الرأى الثانى: منع الأخذ بالحيل بإطلاق:

يرى أصحاب هذا الرأى - على عكس أصحاب الرأى السابق - عدم إجازة الحيل، استناداً إلى أن سلوك المسلم ينبغى أن يكون موافقاً فى ظاهره وباطنه لما شرعه الله، واستناداً إلي حديث الرسولﷺ: «لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود، فتستحلوا ما حرم الله بأدنى الحيل».

ونعتقد - مع جانب من الفقه - إلى أن القائلين بهذا الرأى قد تأثروا إلى حد بعيد بحيل المتأخرين من ضعاف النفوس، التى قصد بها قلب أحكام الشريعة الثابتة بفعل ظاهره الصحة، ولكنه فى حقيقته محرم. وتلك

---

(١) السرخسى: المبسوط ، الجزء الثلاثون، ص٢٠٩ .

(٢) دكتور/ نجاشى على إبراهيم: الحيل فى الفقه الإسلامى، ص٥٤٦ .

دكتور/ أبو زيد عبد الباقى مصطفى: الافتراض ودوره فى تطور القانون، ص٧٦ .

هى الحيل المحظورة وقد وضح هذا في تعـريفهم للحيلة[١]. بيد أنه تناسوا القسم الآخر من الحيل، وهى الحيل المشروعة التى لا تهدم مصلحة شرعية، وإنما يقصد بها إثبات حق أو دفع ظلم أو التيسير على الناس[٢].

الرأى الثالث: التفرقة بين الحيل المحظورة والحيل المشروعة:

يتجـه أصحـاب هذا الرأى إلى التفـرقة بين الحيل المحـظورة، والحيل المشروعة وهم يمنـعون الأخذ بالنوع الأول، ويجيزون الأخـذ بالنوع الثانى. وهذا الرأى يعـد - فى اعتـقادنا - أسلم الآراء الثـلاثة[٣]. والواقع فـــإن الباحث في المذاهب الإسلامية لا يسـعه إلا أن يقرر أن الفقهاء فى المذاهب الأربعة قد استعانوا بالحـيل المشروعة، بالرغـم مما يبدو من أن الإمامين مالك وأحمـد بن حنبل كانا يحرمان الأخـذ بها بإطلاق[٤]، وأن الاستـعانة بـها كانت عاملاً هاماً من عوامل نمو الفقه الإسلامى وتطوره[٥].

---

(١) دكتور/ محمد الخضرى: تاريخ التشريع الإسلامى، الطبعة التاسعة، ١٩٧٠، ص٢٠٤ .

(٢) دكتور/ أبو زيد عبد الباقى مصطفى: الافتراض ودوره فى تطور القانون، ص٧٦ .

(٣) الشيخ / محمد عبد الوهاب بحيرى: الحيل فى الشريعة الإسلامية، ص٣٠٥ .

(٤) دكتور/ محمد سلام مدكور: المدخل للفقه الإسلامى، طبعة ١٩٦٣، ص٢٤٧ .

(٥) دكتور/ نجاشى على إبراهيم: الحيل فى الفقه الإسلامى، ص٥٤٦ .

دكتور/ أبو زيد عبد الباقى مصطفى: الافتراض ودوره فى تطور القانون، ص٧٦ .

الفرع الثانى

أثر الحيلة فى الفقه الإسلامى

من المسلم به أن الحيلة لم يكن لهـا دور بارز فى تطوير أحكام الشريعة الإسلامية، إلا أن الفقهاء المسلمين قد استعانوا بالحيلة فى حالات محدودة، إما بقصد تبرير بعض النظم القائمة فعلا حتى يسهل فهمها وإدراكها، وإما لتخفيف آثار بعض النظم، وإما بقصد استحداث بعض النظم الجديدة.

أولاً: دور الحيلة فى تبرير بعض النظم القانونية:

اضطر الفقهاء إلى استعمال الحيلة فى تصوير بعض النظم القانونية - سواء نظم القانون العام أم القانون الخاص - تصويراً خيالياً لتبريرها حتى يسهل على الناس فهمها وحتى يمكن ضبطها. ومن أمثلة ذلك:

أ- تبرير ظاهرة الدولة وأساس السلطة السياسية والحكم:

استعان الفقهاء المسلمون بالحيلة «الافتراض القانونى» لتبرير ظاهرة الدولة، وأساس السلطة السياسية فيها، فضلاً عن تحديد العلاقة بين ولاة الأمور والرعية، وذلك بافتراض وجود عقد بين الإمام والأمة أو بين الحاكم والمحكومين ممن يسوس أمورهم، وهو عقد مفترض لا وجود له فى الحقيقة بل هو تصوير خيالى بين ولى الأمر والأفراد فى المجتمع. وبمقتضى هذا العقد المبرم بين الخليفة والأمة أو الإمام والرعية يستمد الخليفة سلطته من الأمة، وله مثل الرعية نفس الحقوق وعليه نفس الواجبات، وان كان أثقلهم حملا لها. ويكفل هذا العقد للرعية كافة الحقوق والحريات فى إطار من مبدأ المساواة، ويبقى الإمام فى حكمه ما دام صالحاً له مؤدياً لواجباته حاكماً بأحكام الشرع الحنيف، وغاية النظام القائم على هذا العقد هو حفظ الدين

وحراسته، وسياسة أمور الأمة ليصل بالناس جميعاً إلى خير الدنيا والآخرة معا»[(١)].

ب- ملكية التركة:

من القواعد المقررة فى الفقه الإسلامى أنه «لا تركه إلا بعد سداد الديون». وتطبيق هذه القاعدة يؤدى إلى أن ملكية التركة لا تنتقل إلى الورثة إلا بعد سداد الديون، وبذلك يمتنع على الورثة التصرف فى أموال التركة لحين سداد ديونها. وفى نفس الوقت فقد زالت ملكية المالك لأموال التركة بوفاته، فلمن تكون ملكية التركة فى الفترة ما بين وفاة المورث وتسديد الدين؟.الحقيقة أنه ليس لدينا مالك فى تلك الفترة ويترتب على ذلك أنها تكون سائبة، ولتفادى تلك النتيجة لجأ الفقهاء إلى الحيلة بفرض أن المورث حى حتى تسديد ديونه، ويترتب على ذلك أنه يظل مالكاً حكماً لأموال التركة حتى تسديد ديونها،ومن ثم لا تكون التركة سائبة، وفى نفس الوقت لا يستطيع الورثة التصرف فى أموال التركة قبل الوفاء بدينها لأنها لم تصبح بعد مملوكه لهم[(٢)].

جـ- توريث الحمل:

القاعدة العامة فى الفقه الإسلامى أن الشخصية القانونية تبدأ بولادة الإنسان حياً. ولعل تطبيق هذه القاعدة - على ما هى عليه فى ظاهرها - من شأنه

---

(١) دكتور/ عبد العزيز شوكت: البدر الساطع فى أصول النظم والشرائع، ص٤٠٦ .

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٣٤ .

أن يرتب حرمان الجنين من الإرث لأنه لم يكن مولوداً وقت وفاة مورثه، وهى نتيجة سوف يترتب عليها الإجحاف بحقوق هذا الجنين حينما يولد. ومن ثم قرر الفقهاء المسلمون، وحتى يمكن تفادى هذه النتيجة، حيلة مفادها اعتبار الجنين شخصاً حياً قبل ولادته إذا توفى المورث أثناء حمله ومن ثم يستحق نصيبه فى التركة(١).

د- ميراث المفقود:

القاعدة فى الشريعة الإسلامية - كما هو فى القوانين الحديثة - هى أن الميراث خاص بتركة المتوفى. ولكن قد تحيط بالشخص ظروف معينة لا يعرف معها على وجه اليقين ما إذا كان حياً أو ميتاً، ويسمى لذلك بالمفقود. فإذا انتظرنا إلى أن يتبين وضع هذا الشخص من الحياة أو الموت مهما طال الزمن فإن ذلك قد يضر بمصالح من لهم الحق فى ميراثه، ولذلك لجأ الفقهاء إلى افتراض موته إذا مضت مدة زمنية معينة، ويعتبر المفقود على هذا النحو مورثاً حكماً كالميت حقيقة، وبالتالى توزع أمواله على ورثته(٢).

ثانياً: دور الحيلة فى تخفيف آثار بعض النظم القانونية:

لجأ فقهاء الشريعة الإسلامية إلى الحيل لتخفيف الآثار المترتبة على بعض النظم القانونية، ويتم ذلك غالباً عن طريق بعض العقود التى يلجأ إليها الناس ليتوصلوا بها إلى أغراض مشروعة يحول دون تحقيقها تطبيق

---

(١) دكتور/ هشام على صادق، دكتور/ عكاشة محمد عبد العال: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٥٤ .

(٢) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٣٣٠ .

الأحكام التفصيلية والشروط التي وضعها الفقهاء لصحة التصرفات القانونية ومن أمثلة ذلك:

أ- عقد المضاربة:

يعتبر صاحب العمل فى المضاربة أمين، ومن ثم لا يضمن المال الذى يسلمه له رب المال، ولا يستطيع رب المال اشتراط الضمان فى عقد المضاربة لأنه شرط غير صحيح فى نظر الفقهاء[١]. وبذلك يكون رب العمل بالخيار بين أمرين: الامتناع عن المضاربة، وفى ذلك حرمان له ولشريكه من النفع الذى قد يعود عليهما، ودفع المال إلى شريكه (صاحب العمل) بدون ضمان، وفى هذه الحالة يكون ماله عرضة للضياع.

وأمام تلك القواعد التى وضعها الفقهاء كقيد على حرية الأفراد فيما يضعونه من شروط اضطر الناس إلى الالتجاء إلى الحيلة. والحيلة هنا هى أن يقدم رب المال إلى صاحب العمل المال على سبيل القرض، ثم يدفع رب المال إلى صاحب العمل مبلغاً ضئيلاً على سبيل المضاربة، ثم يستغلان المبلغين (مبلغ القرض ومبلغ المضاربة) فى التجارة بينهما ويتفقان على نصيب كل منهما فى الربح وحريتهما فى هذا الصدد مطقة.

وبذلك تمكن رب المال عن طريق عقد القرض الصورى، من استغلال ماله مع ضمان عدم ضياعه[٢].

---

(١) عقد المضاربة، وهو شبيه بشركة التوصية المعروفة فى القانون التجارى الحديث، عبارة عن عقد شركة يقدم فيها أحد الشريكين (رب المال) رأس المال، ويقوم الثانى (صاحب العمل أو المضارب) باستثماره أى يقوم بالعمل. ويقسم الربح بينهما حسب شروطهما، وما ينقص من رأس المال يكون على رب المال.

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٣١٦ .

ب- تصرفات المريض مرض الموت:

عملت الشريعة الإسلامية على حماية مصالح الورثة مجتمعين، فلم تشأ أن تجعل للمورث - قبل وفاته - أن يفضل منهم فريقاً على فريق.

ومن هذا المنطلق كان من الأصول المسلمة في هذه الشريعة أن تصرفات المريض مرض الموت لأحد الورثة لا تكون نافذة فى حق بقية الورثة إلا إذا أجازوها. ولكن قد يحدث أن يكون المريض مرض الموت هذا مديناً فعلاً بدين لأحد الورثة، فكيف السبيل وهو لا يستطيع أن يتصرف له لأن تصرفه لن يكون نافذاً إلا إذا أجازوه الورثة؟. للتغلب على هذه الصعوبة عمد الفقهاء فى هذا الفرض إلى اصطناع حيلة مضمونها أن يقر المريض مرض الموت بالدين لشخص أجنبى أهل للثقة ويطلب إليه أن يقبض ذلك من ماله على أن يدفعه بعدئذ إلى الوراث الدائن[١].

ثالثاً: دور الحيلة فى استحداث نظم قانونية جديدة:

توصل الفقهاء المسلمون إلى خلق نظم قانونية جديدة تحت ضغط ظروف المجتمع، وذلك عن طريق استعمال قواعد قانونية فى غير الغرض الذى وضعت من أجله. ومن أمثلة ذلك:

أ- الإقرار بالنسب:

لا تعرف الشريعة الإسلامية فكرة التبنى التى تعرفها القوانين

---

(١) دكتور/ هشام على صادق، دكتور/ عكاشة محمد عبد العال: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٥٦ .

الأوربية، إذ قال تعالى: «وما جعل أدعياءكم أبناءكم، ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله»[١]. بيد أن البعض لجأ إلى استخدام أحد طرق إثبات النسب الشرعى فى الشريعة الإسلامية[٢]، للوصول إلى فكرة التبنى التى لا تعرفها الشريعة الإسلامية أصلاً. إذ من صور إثبات النسب الإقرار، كالإقرار بالبنوة أو بالإخوة، ومتى توافرت شروط الإقرار يثبت النسب ويترتب على ذلك الآثار الشرعية من قرابة ونفقة وتوارث، فإذا قام الشخص بالإقرار بثبوت نسب طفل لقيط إليه فإن هذا الإقرار يؤتى آثاره الشرعية متى توافرت شروط الإقرار بالنسب، ويصل فى النهاية إلى تبنيه لهذا اللقيط[٣]. وبذلك يستعمل الإقرار لتحقيق أغراض شبيهة بالأغراض التى يحققها نظام التبنى المحرم فى الإسلام.

ب- بيع الوفاء :

من الثابت أن التعامل بالربا محرم فى الشريعة الإسلامية، ولكن الحاجة الاقتصادية قد تدفع البعض إلى الاقتراض، فلا يجد من يقرضه. إذ لا فائدة دنيوية تعود على من عنده فضل من المال. ولذلك فقد تحايل البعض على تحريم الربا بما أسموه بيع الوفاء، وهو عبارة عن عقد بيع يتم بين المقرض والمقترض، بحيث يكون المقترض فى مركز البائع والمقرض فى مركز المشترى، وبمقتضاه تنتقل ملكية الشئ المبيع إلى المقرض فى مقابل الثمن الذى يدفعه إلى المقترض، ويقترن هذا البيع بشرط فاسخ مقتضاه أن

---

(١) الآيتان : ٤ ، ٥ من سورة الأحزاب.

(٢) النسب فى الشريعة الإسلامية يثبت بأحد أمور ثلاثة: الفراش والإقرار والبينة.

(٣) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تكوين الشرائع، ص١٩٦ .

يرد المشترى (المقرض) الشئ المبيع (المقترض) إذا رد إليه الثمن خلال مدة معينة وبهذه الحيلة يتمكن البائع من الحصول على ما يحتاج إليه من مال، ويحصل المقرض على فائدة تتمثل فى الانتفاع بالشئ المبيع حتى يرد إليه البائع الثمن، وقد اختلفت آراء الفقهاء حول صحة هذا العقد(١)، وهل هو بيع معلق على شرط فاسخ أم هو رهن.

جـ- بيع العينة:

لما كانت قواعد الشريعة الإسلامية تحرم التعامل بالربا، فقد تحايل الناس على تلك القواعد بطرق مختلفة تؤدى نفس الغرض مع بقاء حظر التعامل بالربا قائماً. ومن الأساليب التى لجأ إليها الناس لتحقيق هذا الغرض بيع العينة، وصورته أن يشترى إنسان شيئاً بثمن مؤجل ثم يبيعه مرة ثانية إلى بائعه بثمن أقل من الثمن الذى اشتراه به وقد أثار هذا النوع من البيوع خلافاً بين الفقهاء فأجازه البعض كالشافعية والأحناف بينما اعتبره المالكية والحنابلة باطلاً(٢).

د- الحوالة:

يجيز الفقه الإسلامى انتقال الالتزام بين الأحياء من الناحية السلبية (حوالة الدين)، ولكنه لا يسمح بانتقال الالتزام من الناحية الإيجابية (حوالة الحق). وعدم جواز حوالة الحق أثار صعوبات عديدة من الوجهة العملية، لذلك استعمل الفقهاء الحيلة للوصول إلى نتائج قريبة من النتائج التى

---

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٣٢٨ .

(٢) دكتور/ عبد العزيز شوكت: البدر الساطع فى أصول النظم والشرائع، ص٤١١ .

تترتب على حوالة الحق. ومن جهة أخرى استعملوا حوالة الدين لتحقيق أغراض غير التى وجدت من أجلها، فهى قد وضعت كطريق لانتقال الالتزام من ناحيته السلبية ولكنهم استعملوها لتحقيق أغراض متعددة، ومنها حوالة الحق(١)، الوكالة بقبض الدين(٢)، وأيضاً كوسيلة لانقضاء الالتزام(٣).

---

(١) حوالة الحق. يمنح الدائن (المحيل) الشخص الذى يريد تحويل حقه إليه (المحال) توكيلاً بقبض الدين من المدين (المحال عليه) ويهبه فى نفس الوقت ذلك الدين. وبذلك يستطيع المحال قبض الدين بمقضتى التوكيل بالقبض، ويستبقيه لنفسه بمقتضى الهبة.

وهناك طريقة أخرى للوصول إلى آثار حوالة الحق تتلخص فى أن يذكر دائماً فى شروط التعاقد أن على المدين أن يفى بالدين لمن يطالبه بالوفاء، وبذلك يحصل الدائن على قبول المدين للحوالة مقدماً، وقد يستعمل عقد البيع وحوالة الدين معاً كحيلة للوصول إلى حوالة الحق. فإذا كان لشخص (أ) حق لدى شخص آخر (ب) وأراد تحويل ذلك الحق إلى شخص ثالث (جـ)، فإن (أ) يشترى مالاً زهيد القيمة من ذلك الشخص الثالث (جـ) مقابل ثمن يساوى قيمة دينه لدى المدين (ب) ثم بعد ذلك (أ) يحيل (جـ) على (ب).

(٢) تؤدى الحوالة وظيفة الوكالة بالقبض إذا لم يكن هناك دين فى ذمة المحيل (المدين الأصلى).

(٣) قد تستعمل الحوالة كطريق من طرق إنقضاء الإلتزام. فإذا كان (أ) مديناً لآخر (ب) بمبلغ من المال، وهو فى نفس الوقت دائن لـ (جـ) بمبلغ آخر، فإن (أ) يحيل (ب) فى قبض الدين من (جـ)، وبعد قبض الدين تقع المقاصة بين دين كل من (أ) و(ب). انظر دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٣٦، ٢٣٧ والهامش.

المطلب الرابع

أثر نظرية الافتراض فى تطور القانون الحديث

لم يعد للافتراض فى القوانين الحديثة نفس الدور الذى كان يؤديه فى القوانين القديمة، وذلك لأن الأسباب والدوافع التى أدت قديماً إلى استعماله واللجوء إليه كوسيلة لتطوير القانون لم يعد لها وجود فى العصر الحديث. أضف إلى ذلك أن التشريع، وهو المصدر الرئيسى لمعظم القوانين المعاصرة، أصبحت قواعده مرنه، وتتلائم مع ظروف المجتمع المتغيرة، لدرجة يمكن معها القول بأن كل تطور للمجتمع يلحق به غالباً - أو يسبقه - تطور في التشريع يتلائم معه(١).

فقد كانت قدسية النصوص وتكاسل المشرع والتطور البطئ للقواعد القانونية من أهم الأسباب التى دفعت المجتمعات القديمة إلى الاستعانة بالافتراض لتعديل قوانينها، وهذه الأسباب لا وجود لها فى المجتمع الحديث(٢)، حيث لم يعد النظر إلى النصوص بوصفها تجسيداً لأحكام مقدسة لا تطال بالتعديل،وإنما أصبح ينظر إلى القوانين بوصفها قواعد من صنع البشر هدفها تحقيق وتنظيم العلاقات الاجتماعية فى المجتمع، ومادامت من صنع البشر فإنه يمكن لهم أن يعدلوا منها أو يغيروها، وطالما هى موضوعة لخدمة وتنظيم علاقات الناس فى المجتمع فإنه يلزم تعديلها دوماً بما يتلائم والمتغيرات والتطورات التى تلحق هذا المجتمع. كما يتلاحظ

---

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٣٣٦.

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٣٨.

فى هذا الصدد، أن التشريع فى العصر الحديث هو المصدر الرئيسى للقانون فى معظم التشريعات، والمشرع الحديث لا يألوا جهداً في المواجهة كل جديد فيضع له القواعد التى تتفق معه، وهو ينشئ أو يعدل من النظم القانونية حسبما تقتضيه الحاجة[١]. من أجل ذلك قل الالتجاء إلى الافتراض فى الفكر القانونى الحديث، بيد أن هذا القول لا يمنع من ملاحظة بعض الحالات يلجأ فيها الفقه والقضاء، بل والمشرع نفسه، إلى استعمال الافتراض كوسيلة من وسائل تطور القانون فى بعض الحالات المحدودة[٢]. ويتجه الرأى الغالب فهم الفقه إلى أن دور الافتراض فى القانون الحديث يكاد يقتصر على تبرير بعض النظم القانونية وتصويرها فى صورة افتراضات نظرية حتى يسهل فهم القانون، وحتى يمكن حصر الحالات التى تنطبق فيها قاعدة من القواعد القانونية، ونكاد لا نعثر على أثر للحيلة كوسيلة لإنشاء أو تعديل النظم القانونية[٣]، سواء في مجال القانون العام أو فى مجال القانون الخاص.

---

(١) دكتور/ هشام على صادق، دكتور/ عكاشة محمد عبد العال: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٥٩ .

(٢) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تكوين الشرائع، ص٢٠٢ .

(٣) دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٣٢١ .

ويذهب الدكتور/ عبد العزيز شوكت إلى أن : «الفقه والقضاء على السواء بدورهما قد استعانا بالافتراضات القانونية لاستخداث نظم قانونية جديدة، ومن أمثلة ذلك ما حدث فى القانون المدنى المصرى بشأن الاشتراط لمصلحة الغير، لتفادى الآثار التى تترتب على القاعدة العامة التى ورثها القانون الحديث من القانون الرومانى والتى تقضى بأن العقد لا يفيد ولا يلزم غير طرفية، مما أدى إلى استعانة الفقه والقضاء بالافتراض حتى يتسنى =

أولاً: الافتراض فى مجال القانون العام فى الفكر القانونى الحديث:

يعتبر من أهم تطبيقات نظرية الافتراض فى مجال القانون العام، هى تلك النظرية التى تؤسس العلاقة بين الحكام والمحكومين على فكرة «العقد الاجتماعى».

ففى القرن السابع عشر بدأ المفكرون والفلاسفة فى البحث عن تبرير العلاقة التى تربط الأفراد بالدولة، والأساس الذى يقوم عليه النظام السياسى للمجتمع[1]. وعلى أثر ذلك أسند الفلاسفة والفقهاء قيام الدولة إلى عقد اجتماعى، وهو افتراض أو تصور نظرى بحت، انتقل الناس بمقتضاه من عهد الفطرة إلى عهد النظام ومن عهد البدائية التى تحكم إلي

= استفادة الشخص من عقد لم يكن طرفاً فيه، وقد كان ذلك مدعاة لظهور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير فى القانون الحديث وانتشار نظام التأمين الذى يعتبر من أهم تطبيقات هذه القاعدة. وقد سجل القانون المدنى المصرى هذا الاتجاه، حيث نصت المادة ١٥٢ على أنه: (يجوز للغير أن يكتسب حقاً من عقد لم يكن طرفاً فيه). ومما هو جدير بالبيان أنه قبل تدخل الأداة التشريعية لتسجيل هذا الاتجاه الجديد، فإن الفقه والقضاء لم يترددا فى الاستعانة بالافتراضات القانونية، والتى كانت مخالفة للواقع وعاجزة فى نفس الوقت عن تقديم تفسير معقول لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير». انظر مؤلف سيادته: البدر الساطع فى أصول النظم والشرائع، ص٤١٦ .

(١) فكرة العقد الاجتماعى فكرة قديمة، ترجع على الأقل إلى القرن السادس عشر، وقد قيل بهذه النظرية أثناء الصراع بين الكاثوليك والبروتستانت بقصد تحقيق الحرية الدينية. واستعان بها البروتستانت والكاثوليك على السواء لمحاربة السلطان المطلق للملوك الذين ليسوا على دينهم. ثم استعان بها أيضاً دعاة المبادئ الحرة منذ عصر النهضة حتى «جان جاك روسو» فى القرن الثامن عشر، وأخذت بها مدرسة القانون الطبيعى بزعامة «جروتس وبفندورف». انظر فى ذلك، دكتور/ ثروت بدوى: النظم السياسية، طبعة ١٩٧٥، ص١٢٩.

القوة والانتقام دونما إصغاء لنداء العقل أو وحي الضمير إلى عهد الدولة والمجتمعات السياسية المنظمة التي تقوم على الإرادة العامة والفكر الديمقراطي[١]. فهذه النظرية تفترض وجود حياة فطرية تسبق قيام الجماعة، وأن الانتقال من حياة الفطرة إلى حياة الجماعة تم بناء على عقد اجتماعي بين الأفراد بقصد إقامة السلطة الحاكمة[٢]. ومن أهم الفلاسفة الذين تحدثوا خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر عن طبيعة العلاقة بين الحاكم والمحكوم موضحين الأساس الذي يقوم عليه نظام المجتمع السياسي، الفيلسوف الإنجليزي «توماس هوبز» (١٥٨٨ - ١٦٧٩)، والفيلسوف الإنجليزي «جون لوك» (١٦٣٢ - ١٧٠٤)، والفيلسوف الفرنسي «چان چاك روسو» (١٧١٢ - ١٧٧٨). وقد استعان هؤلاء بالافتراض القانوني لتبرير الشكل الذي تأخذه الدولة، وطبيعة العلاقة بين السلطة الحاكمة والمحكومين، ونادوا بافتراض وجود «عقد اجتماعي» يرسم انتقال الأفراد من العهود الفطرية الأولى إلى عهود الاستقرار الاجتماعي والسياسي. وهذا العقد هو عقد مفترض وتصوري وخيالي، لرسم الإطار بين الحاكم وسلطاته والمحكومين وحقوقهم[٣].

---

(١) دكتور/ عبد العزيز شوكت: البدر الساطع في أصول النظم والشرائع، ص٣٨٢ .

(٢) دكتور / مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٣٢٨ .

(٣) دكتور/ محمود السقا: أضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، ص١٥٢ .

وقد صاغ الفقهاء المسلمون العلاقة بين الإمام والأمة في صورة عقد. [illegible] لون أن «الإمامة عقد» ويصفه البعض بأنه «عقد حقيقي». دكتور صوفي أبو طالب. [illegible]خ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٣٩ هامش رقم (١) .

وانظر في تفصيلات نظرية العقد الاجتماعي =

ثانياً: الافتراض فى مجال القانون الخاص فى الفكر القانونى الحديث:

لازالت هناك بعض التطبيقات للافتراض القانونى فى مجال القانون الخاص فى التشريعات المعاصرة، حيث يستعين الفقه والقضاء، بل والمشرع نفسه، بالافتراض لشرح بعض النظم القانونية وتقريبها من الأذهان. وسوف نعرض لأهم تطبيقات الافتراض القانونى فى مجال القانون الخاص فى الفكر القانونى الحديث(١).

١ - فكرة الشخصية الاعتبارية :

اعترف الفقه القانونى - تحت ضغط الحاجات العملية - بالشخصية لمجموعات من الأشخاص تسعى لتحقيق غرض معين كالشركات والجمعيات، أو لبعض مجموعات الأموال التى رصدت لتحقيق غاية معينة كالمؤسسات والأوقاف. وهى بذلك تكون صالحة لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، مستقلة ومتميزة عن الأفراد المكونين لها(٢). ولما كان

= • Bertrand De Jouvenel: Essai sur la politique de Rousseau, in J-J. Rousseau : du contrat social, p. 15-135, Géneve.

• P.L.L'Eon: Rousseau et le contrat social, in Arch , de philos. du droit, nos 1-2, 1935, p. 157 et s.

(١) انظر فى الخلاف الفقهى فى هذا الموضوع، بحثنا : الافتراض القانونى بين النظرية والتطبيق، بحث منشور بالمجلة العلمية لكلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد الثالث عشر، ٢٠٠٠ / ٢٠٠١، ص٥٩٢ - ٦١٩ .

(٢) انظر فى تفصيلات نظرية الشخصية الاعتبارية:

• Michaud (L.): La théorie de la personnalité et son application au droit francais, 1932, nos 48 et 74 . =

الأصل أن تثبت الشخصية للإنسان، وأن القانون قد اعترف لهذه المجموعات بالشخصية لتمكينها من تحقيق أغراض أو أهداف إنسانية، رغم أنها ليست كائنات طبيعية وليس لها وجود مادي محسوس، وإنما هى كائنات معنوية لا يمكن إدراكها بالحس، لذلك سميت بالأشخاص المعنوية أو الاعتبارية أو القانونية، لأنها توجد نتيجة إعتبار القانون لها[١]. وإذا كان الفكر القانونى قد اعترف بالشخصية الاعتبارية أو المعنوية لما تحققه من فائدة كبيرة فى الناحية العلمية، إلا أن هذه الشخصية القانونية محددة بالأهداف التى أنشئ الشخص المعنوى من أجل تحقيقها، فهى لا تمنح إلا بالقدر اللازم لتحقيق الأغراض التى أنشئ من أجلها. والاعتراف لهذه الجماعات بالشخصية القانونية هو مجرد افتراض قانونى.

٢- قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون:

إذا تكونت القاعدة القانونية - بخروجها من مصدر من المصادر

= • Durand (P.): L'evolution de la condition juridique des personnes maralaes de droit privè dans études offertes a George Ribert, T.1, 1950, p. 138 et s.

• Coulombel: La particalarisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé, Thèse, Nancy 1949, Imp. 1951.

• Dabin: Le droit subjectifs, 1952, p. 55.

(١) دكتور/ عبد المنعم البدراوى، دكتور/ فتحى عبد الرحيم عبد الله، دكتور/ [illegible]يد عبد الباقى: المدخل للقانون «نظرية القانون ونظرية الحق»، طبعة ١٩٧٩ / ١٩٨٠، الناشر مكتبة الجلاء الحديدة بالمنصورة، ص٤٥٤ .

الرسمية - فهى تسرى فى حق المخاطبين - بأحكامها دون استثناء، بمعنى أنها تنطبق على كافة من توجه إليهم من أشخاص، فلا يعفى أحد من الخضوع لأحكامها، ويعبر عن ذلك بالمبدأ المعروف «لا يجوز لأحد أن يعتذر بجهل القانون»(١). فالقاعدة الأصلية هى أن الجهل بالقانون لا يحول دون تطبيقه على من يجهله، وبتعبير آخر فإنه لا يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون للإفلات من حكمه. وتبرير هذه القاعدة أن الأخذ بعكسها يؤدى إلى الفوضى وإلى انهيار القانون، وهكذا يكاد يختلط تبرير هذه القاعدة بتبرير وجود القانون ذاته. فهذه القاعدة من قبيل الافتراض الذى يخالف الحقيقة، فليس صحيحاً أن الكافة الذين يتوجه إليهم خطاب القاعدة

---

(١) دكتور/ حسن كيرة : المدخل إلى القانون، ص٣١٦ .

وانظر فى تفصيلات هذا الموضوع :

- Dereux: Etude critique de l'adage "Nul n'est censé ignorer la loi", Revue trimestrielle de droit civil, T.VIII, 1907, p. 513-554.

دكتور/ طه عوض غازى: مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون بين اعتبارات العدالة واعتبارات النظام «دراسة تاريخية مقارنة»، طبعة ١٩٩٩ .

دكتور/ وهبه طلبه خطاب: الجهل بالقانون والغلط فيه، دراسة مقارنة للنظام الإنجليزى واللاتينى والشريعة الإسلامية، طبعة ١٩٧٩، الناشر دار الفكر العربى.

المستشار/ محمد وجدى عبد الصمد: الاعتذار بالجهل بالقانون، الطبعة الثانية ١٩٨٧، الناشر عالم الكتب.

دكتور/ زكريا مصيلحى عبد اللطيف: مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون، بحث منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الثانى، السنة التاسعة عشرة، ١٩٧٥ .

القانونية قد علموا بها[١].

٣- فكرة العقار بالتخصيص والمنقول بحسب المآل :

تقسم الأشياء على أساس اختلاف طبيعتها المادية وثبات بعضها واستقراره فى مكانه وتحرك البعض الآخر أو قابليته للحركة إلى عقار ومنقول[٢]. ويعد هذا التقسيم من أهم تقسيمات الأشياء، نظراً لاختلاف

---

(١) دكتور/ أبو زيد عبد الباقى مصطفى: الافتراض ودوره فى تطور القانون، ص٨٤ .

دكتور/ سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون، ص٥٩٨ .

- Gény (F.): Science et technique en droit privé positif, T.3, p. 389 et s.
- Breth de la Gressay et Labord - Lacoste: Introduction a l'étude générale de droit , 1947, no. 187.
- Marty et Raynaud: Droit civil, T.1, Introduction général à l' étude du droit , 2 em éd, 1972, no. 97.

(٢) يرجع تقسيم الأشياء على هذا النحو إلى عهد القانون الرومانى، ومنه انتقل إلى القوانين الجرمانية والقانون الفرنسى القديم. وإن كان قد أضيف إلى الأساس الذى يقوم عليه -الثبات والحركة - أساس اقتصادى جديد، يرتكز على ما للعقار من قيمة اقتصادية كبيرة تتضاءل أمامها قيمة المنقول، ولقد تطور هذا الأساس الجديد تطوراً أدى إلى القول بأن العقار هو كل ما له قيمة اقتصادية كبيرة بصرف النظر عن ثباته أو حركته، وأن المنقول هو كل مال تافه القيمة. وبذلك طغى المعيار الاقتصادى الجديد على المعيار الطبيعى القديم، ولعل هذا التطور كان مرتبطاً بالظروف الاقتصادية والا [illegible] اعية في المجتمع الإقطاعى فى تلك الفترة. بيد أن المعيار القديم بدأ يأخذ مكانه بع[illegible]م الثورة الفرنسية، وتغير الظروف الاجتماعية بالقضاء على الإقطاع. انظر فى تطور أساس التقسيم، دكتور/ على محمد البارودى حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة. بحث منشور بمجلة الحقوق ، السنة العاشرة، العددان الثالث والرابع، الفقرات ٢٤ ٢٧

النظام القانونى للمنقولات عن النظام القانونى للعقارات[١]، وعلى ذلك فالعبرة فى تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات هى بمدى قابليتها للثبات والحركة، فالمعيار موضوعى مستمد من طبيعة الشئ، فإذا كان الشئ قابلاً للنقل من مكان إلى آخر اعتبر منقولاً، أما إذا انعدمت إمكانية النقل كان عقاراً[٢].

إلا أن المشرع قد خرج على هذه القاعدة العامة وأعطى صفة العقار لبعض المنقولات نظراً لكونها مرصودة على خدمة عقار أو استغلاله ومخصصة لذلك، واعتبرها رغم طبيعتها المنقولة عقارات بحكم القانون أو بالتخصيص وقد استند المشرع عند تبنيه فكرة العقار بالتخصيص إلى نظرية الافتراض[٣].

---

(١) دكتور/ عبد المنعم البدراوى وآخرين: المدخل للقانون «نظرية القانون ونظرية الحق»، ص٥٠٧ .

(٢) دكتور/ فتحى عبد الرحيم عبد الله وآخرين: المدخل للعلوم القانونية «الكتاب الثانى، النظرية العامة للحق»، ص٤٤٤ .

(٣) دكتور/ عبد المنعم البدراوى وآخرين: المدخل للقانون «نظرية القانون ونظرية الحق» ، ص٥١٤ .

دكتور/ فتحى عبد الرحيم عبد الله وآخرين: المدخل للعلوم القانونية «الكتاب الثانى، النظرية العامة للحق»، ص٤٤٩ .

دكتور/ حسن كيرة: المدخل إلى القانون، ص٧١٠ .

دكتور/ على البارودى: حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة، ص٨٠ .

• Planiol, Ripert, et Picard: Traité pratique de droit civil francais, T. III les piens, 1952, no. 75. =

كذلك خـرج المشرع على هذه القـاعدة العامـة وأعطى صفـة المنقول لبعض العقـارات، إذ اعتبر بعض العقـارات - خلافاً لطبيعتـها - منقولات بحكم القانون وهى المـنقولات بحسب المآل. والمنقـولات بحسب المآل هى أشياء ثابتة ومتصلة بالأرض أصلاً، إلا أنها معدة لكى تنفصل عنها وتصبح منقـولات فى وقت قريب، فـينظر إليـها القـانون باعـتبـار ما سـتؤول إليـه ويستبق الزمن ويضفى عليـها صفة المنقول(١). ويذهب الرأى الغـالب فى الفـقه إلى أن المنقـول بحسب المآل يسـتند فى أساسـه إلى نظرية الافـتراض القانونى، نظراً لأنه يقوم على ما يخالف الحقيقة. فالمشرع يفترض أن العقار منقولاً - على خلاف الحقيقة - حتى يطبق عليه بعض أحكام المنقول(٢).

٤- فكرة الأثر الرجعى:

تعد فكرة الأثر الرجعى من أكـثر الأفكار القانونية انتشـاراً، وأكثرها جـدلاً بين الفـقهـاء. ويقـوم الأثر الرجـعى على افـتراض أن تصـرفـاً من التصـرفات، أو واقـعة من الوقائـع، قد حدثت فى وقت سـابق على الوقت الذى وقـعت فيـه(٣). وبهذا التـصور لفكرة الأثر الرجعى - باعتبارها من

= • Starck (Boris): Droit civil, (Introduction), 1972, no. 259 .

• Marty et Raynaud : Droit civil, T. 1.1 ntroduction général a l'étude du droit, 2 em éd, 1972, no. 315.

(١) دكتـور/ عبد المنعم البـدراوى وآخرين: المدخل للقانون «نظريـة القانون ونظرية الحق»، ص٥١٩ .

(٢) دكتور/ أبو زيد عبد الباقى مصطفى: الافتراض ودوره فى تطور القانون، ص ٤ .

(٣) انظر فى تفصيلات هذا الرأى:

دكتور/ أبو زيد عبد الباقى مصطفى: الافتراض ودوره في تطور القانون، ص٩٧ =

من قبيل الافتراض - يمكن أن نجد لها تطبيقات عديدة فى القانون المصرى، ومن أبرز هذه التطبيقات الأثر الرجعى للقسمة، والأثر الرجعى للبطلان والفسخ(١).

المبحث الثانى
دور العدالة فى تطور القانون

العدالة هى شعور كامن فى النفس يكشف عنه العقل السليم، ويوحى به الضمير المستنير، ويهدف إلى إتياء كل ذى حق حقه(٢). وتعتبر العدالة وسيلة من وسائل تطور القانون، وقد ظهرت فى عهد لاحق لظهور الحيلة، حيث ظهرت فى عهد ضعف فيه أثر قدسية النصوص فى نفوس الناس، ومن ثم اجترأ الناس على تعديلها صراحة، وأيضاً ظهرت فى عهد ارتقت فيه أخلاق الناس وتهذبت فيه نفوسهم، بحيث أصبح فى مقدورهم إدراك أن هناك أفكاراً سامية كامنة فى النفس البشرية أملتها الطبيعة ويشكف عنها النظر السليم(٣). فالمجتمع يستعين إذاً بفكرة العدالة لتعديل القواعد القانونية القاسية أو لتكملة النقص الظاهر فيها. وتختلف هذه

= • Gallet (Aimé): Etude sur la fiction de retroactivité dans le droir francais, Thèse, Poitiers 1903, p. 7.

(١) انظر فى تفصيلات هذا الموضوع:

دكتور/ أبو زيد عبد الباقى مصطفى: الافتراض ودوره في تطور القانون، ص٩٨-١٠٠.

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٣٢٥ .

(٣) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٤٥ .

الوسيلة عن الحيل القانونية بأنها تتدخل فى تطبيق القانون بصورة مباشرة وتعدل فى أحكامه صراحة، أما الحيل فإنها تصل بصورة مستورة غير مباشرة إلي تغيير القانون فى معانيه مع احترام نصوصه ظاهراً. وتتميز العدالة عن التشريع بأن قوتها لا تستند إلي هيئة حاكمة أو سلطة تشريعية، وإنما تستند إلى طبيعة مبادئها وإلى سلامتها من حيث اتفاقها مع العقل والعدل والأخلاق(١).

وإذا كانت العدالة تمثل فضيلة أخلاقية، فإنها أيضاً تعد ضرورة قانونية لا غنى عنها لأى مجتمع. فالعدالة هى الضمان الأكيد لاستمرار العيش فى جماعة،وعليها تقوم المعاملات والعلاقات بين الأفراد والجماعات، وهى التى ينشدها الجميع حاكمين أو محكومين، وبدونها ينقلب المجتمع إلى فوضى ويسود الاضطراب ويعم الظلم والجور. وتعد العدالة بمثابة الحد الفاصل الذى يبين ما للفرد من حقوق وماعلية من واجبات، فتحول بذلك دون سيطرة الأقوياء على الضعفاء ودون استغلال الأذكياء للدهماء. ومن هنا فإن العدالة تلتقى مع القانون باعتباره مجموعة القواعد الملزمة التى تنظم سلوك الأفراد فى المجتمع وتضع المعايير الفاصلة بين مالهم وما عليهم، بل إنه يمكن القول أن العدالة بالنسبة للقانون هى بمثابة الروح للجسد أو بمثابة قلبه النابض الذى يبعث فيه الحياة ويجعله بحق مرآة صادقة تعكس حال المجتمع وتدل على مدى رقيه وتقدمه أو انحطاطه وتأخره: فبقدر ما تحقق القوانين العدالة وتقترب من المثل

---

(١) الأستاذ/ على بدوى: أبحاث التاريخ العام للقانون، الجزء الأول، تاريخ الشرائع، ص٦٤ .

الأعلى يمكن الحكم على المجتمع بأنه متطور أو متقدم، وبقدر ما تبتعد القوانين عن العدالة بقدر ما نحكم على المجتمع بالتخلف والانحطاط. فالعدالة إذاً هى الهدف المنشود لكل مشرع، وهى الغاية التى يبغى الوصول إليها - أو على الأقل الاقتراب منها - كل مجتمع(١). وبذلك تعتبر العدالة الغاية الأساسية التي يسعى القانون إلى تحقيقها ، فالارتباط جد وثيق بين العدالة والقانون، فالقاعدة القانونية غير العادلة لا تصلح أن تكون قاعدة قانونية. وبذلك ارتبطت فكرة القانون بفكرة العدل دائماً، فالقانون يعتمد على العدالة حيث يستمد منها صيغة وقواعده(٢).

وإذا كان الأصل أن تكون القواعد القانونية مطابقة للعدالة، إلا أننا مع ذلك نجد كثيراً من القواعد القانونية غير معبرة عن العدالة،ويحدث هذا بسبب عوامل كثيرة: فقد تضع القانون طائفة لها مصالح معينة فيظهر القانون مرجحاً لهذه المصالح ولا يكون هذا الترجيح وزناً للأمور بالحق(٣)، كما أن الصياغة الفنية لبعض الأوضاع الاجتماعية بقصد تجريدها وتعميمها

---

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة العدالة عند الإغريق، وأثرها على فقهاء الرومان وفلاسفة الإسلام، طبعة ١٩٩٦ / ١٩٩٧ ، الناشر مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ص٤٢-٤٣ .

(٢) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: غاية القانون «دراسة فى فلسفة القانون»، طبعة ٢٠٠١ ، الناشر دار المطبوعات الجامعية، ص١٣٢ .

لورد/ دنيس لويد: فكرة القانون، تعريب الأستاذ/ سليم الصويص ومراجعة الأستاذ/ سليم بسيسو، سلسلة عالم المعرفة، العدد (٤٧)، نوفمبر ١٩٨١، ص١٤٣ .

(٣) دكتور/ عبد الناصر توفيق العطار: الوجيز فى تاريخ القانون، الجزء الأول «نشأة القانون، تطور القانون»، طبعة ١٩٧٠، ص١٨٥ .

قد تبتعد بها - في بعض التطبيقات - عن قواعد العدالة[(١)]، يضاف إلى ذلك أن تطور المجتمع قد يجعل القواعد القانونية القائمة غير ملائمة لحكمه سواء لتقادم العهد عليها أو لقصورها عن مواجهة ما يجد في المجتمع من علاقات. ومن أجل ذلك تتدخل العدالة لتعديل القواعد القانونية التي ظهرت شدتها وقسوتها أو التي دل تطبيقها على قصورها وعجزها عن حكم العلاقة الاجتماعية[(٢)].

وقد شغل موضوع العدالة - منذ القديم - ذهن الحكماء والفلاسفة، خاصة بعد أن قطع الإنسان شوطاً كبيراً صوب المدينة والحضارة، وتخطى تلك المرحلة الفطرية التي لم يكن للعدالة فيها أي أساس خلقي، بل كانت قائمة على المصلحة المادية المعززة بالقوة[(٣)]. والواقع أن العدالة في الشرائع القديمة على اختلاف مشاربها، كان مصدرها واحداً وهو العقل وإحساس العدالة في النفس، غير أن هذا المصدر الفريد قد تنوعت صوره بتنوع الشعوب، فقد كان مصدر العدالة عند اليونان «قانون الطبيعة»، وكان مصدرها عند الرومان في بادئ الأمر «قانون الشعوب» ثم ما لبث أن أصبح «القانون الطبيعي»، وكان مصدرها عند الإنجليز هو «ضمير الملك» بحسبان أن العدالة تنبع من ضميره، أما في الفقه الإسلامي فقد كان مصدرها

---

(١) مثل قاعدة عدم جواز الاحتجاج بعدم العلم بالقانون، فالعدالة تقتضي بعدم تطبيق القاعدة القانونية على من يجهل وجودها. ولكن القانون يأمر بتطبيقها رغم جهل الشخص بها حتى يتلافى الصعوبات والمناقشات التي تثور حول العلم به.

(٢) دكتور/ صوفي أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٣٢٨ .

(٢) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٣٤٤ .

«العقل» بوصفه النور الوهاج الساطع فى الكشف عن العدل وحكمة التشريع[١].

غير أن فكرة العدالة على بساطتها لم يثبت مضمونها على حال واحدة، بل تقاذفتها الغايات المختلفة وفلسفة الشرائع المتباينة، حيث بدأت فكرة تأمل فلسفية ثم تحولت إلى فكرة قانونية كان لها تأثيرها فى صياغة وتطبيق القواعد القانونية[٢].

ولتوضيح الدور الذى لعبته العدالة فى تطوير الشرائع القديمة، سنعرض لفكرة العدالة عند الإغريق، ثم نتعرض لدورها فى تطوير القانون الرومانى، والقانون الإنجليزى، والفقه الإسلامى، ثم نعرض أخيراً لدور العدالة فى تطوير القانون الحديث.

المطلب الأول

العدالة عند الإغريق

كان فلاسفة الإغريق هم أول من تعرض لبحث فكرة العدالة[٣]،

---

(١) دكتور/ هشام على صادق، دكتور/ عكاشة محمد عبد العال: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٦٤ .

(٢) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص٢٦١ .

(٣) انظر فى تفصيلات ذلك الموضوع:

دكتور/ على حافظ: أساس العدالة فى القانون الرومانى، طبعة ١٩٥١، الناشر لجنة البيان العربى ، ص٥٦ - ١٠٨ .

دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة العدالة عند الإغريق وأثرها على فقهاء الرومان وفلاسفة=

فى محـاولة للوصول إلى تحـديد مضـمونهـا، والأساس الذى تقـوم عليه، والعلاقة بينها وبين القوانين الوضعية المطبقة فى الدولة(١). فإذا رجعنا إلى المنابت الأولى، حيث طرحت فكرة العـدالة على مـائدة البـحث الفلسـفى والتـأمل العـقلى، لوجدنا أن الإطـار العام الذى يجـمع بين آراء ومـذاهب فلاسـفة الإغريق هو أن للعـدالة جانبين يرتبطان أحدهمـا بالآخر برابطة لا انفصام لها: الأول أخلاقى، ويأتى من النظر إلى العدالة على أنها فضيلة من فضـائل النفس البـشرية. والثانى قـانونى، وينبع من كـون الفرد عـضواً فى

= الإسلام، طبعة ١٩٩٦ / ١٩٩٧، الناشر مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ص١١-٩٣ .

دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: مفهوم القـانون الطبيعى عند فقهاء الرومان، طبعة ١٩٩٥، الناشر الدار الجامعية للطباعة والنشر، ص١٧ - ٨٨ .

دكتور/ حسن عبد الحميد : فكرة القانون الطبيعى الكلاسيكى ومفهوم القانون «الأساس الدينى للقانون»، طبعة ١٩٩٦، الناشر دار النهضة العربية، ص١٠٥-١٥٥ .

دكتـور/ طه عوض غازى: فكرة العـدالة فى فلسفـة أفلاطون، طبعـة ١٩٩٦، الناشر دار النهضة العربية.

دكتور/ محـمد عبد الهادى الشقنقـيرى: محاضرات فى فلسفـة القانون، طبعة ٢٠٠٠، ص٣٤ وما بعدها .

(1) Burle: Essai historique sur le développement de la notion du droit naturel dans l'antiquité, Thèse, Lyon, 1908, p. 93 et s.

ويقرر بعض العلمـاء أن فلاسفة الإغـريق فى تناولهم لفكرة العدالة، لم يفعلوا أكـثر من صياغة الأفكار الدينية السائدة فى مصر القديمة فى ثوب فلسفى. يراجع فى ذلك :

- J. Pirenne: Histoire de l'antiquité des origines au VIIIe siécle de notre ére, Paris 1959, p.192.

جـماعـة يرتبط بأفـرادها بعـلاقـات وروابط مخـتلفـة، وتوجـد بينه وبينهم صلات ومـعاملات متنوعة. وهو فى كل ذلك قـد يميل - مدفوعـاً بفطرته الأنانيـة - إلى أن يخص نفـسـه من الخيرات بنصـيب أزيد ويخص غـيـره بنصيب أقل، أو أن يخص نفسه من التكاليف والأعباء بنصيب أقل ويخص غيره بنصيب أزيد، مما يؤدى إلى شيوع الفـوضى فى الجماعة وسيادة الظلم والجور. ومن هنا كانت ضرورة القوانين العادلة التى تضع القيود والضوابط وتبين ما للفرد من حقوق وما عليه من واجبـات، سواء فى مواجهة الجماعة ككل أو فى مواجـهة غيره من الأفـراد. فالهدف من القوانين إذن هو تحـقيق العدالة، وتتحقق العدالة بالمساواة فى كل شئ من غير زيادة ولا نقصان(١).

وقد قسم الفلاسفة الإغريق - وبصفة خاصة «أرسطو» - العدالة إلى نوعين : العـــدالة بمعناها الـعـام، وهى ذات صلة وثيـــقـة بعلـم الأخـلاق، وعـرفـوها بأنهـا «توافق وانسـجـام بين قـوى النفـس بواسطة العـقل»(٢).

---

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة العدالة عند الإغريق وأثرها على فقهاء الرومان وفلاسفة الإسلام، ص١١ .

(٢) يذهب فلاسـفة الإغريق إلى أن النفس البـشرية تتنازعهـا قوى ثلاث هى: القوة العـقلية والقوة الشهـوانية والقوة الغضـبية. وقد يكون الإنسـان معرضاً للإفراط أو للـتفريط فى استعـمال تلك القوى، وكـلا الأمرين مذموم. لذلك يجب على الإنسـان أن يتوسط بين الأمرين، فإن فعل ذلك كان إنساناً فـاضلاً، لأن الفضيلة هى «عادة السلوك بلا إفراط أو تفريط». ومـعنى ذلك أن التوسط فى اسـتعمال تـلك القوى يؤدى إلى وجود الفـضائل الثلاث الآتية: الحكمة (التوسط فى استعمال القوة العقلية) والعفة أو الاعتدال (التوسط فى استعمال القوة الشهوانية) والشجاعة (التوسط فى استعمال القوة الغضبية). وامتزاج هذه الفضـائل الثلاث وتوافقهـا مع بعضهـا يولد الفضيلة الرابعـة وهى العدالة. ولذلك عرفهـا الفلاسـفة بأنهـا توافق وانسجـام بين قوى الـنفس بواسطة العقل، بحـيث لا =

والعدالة بمعناها الخاص، وهو جوهر القانون ومنبعه، وعرفوها بأنها «إرادة دائبة لوضع كل إنسان في المركز المناسب وإعطاء كل ذى حق حقه». وقد قسم «أرسطو» العدالة بهذا المعنى إلى نوعين: النوع الأول عدالة القسمة أو التوزيع، وهى تخص علاقة الفرد بالمجتمع أو الدولة، أى تتصل بالحقوق العامة، وهى عبارة عن التناسب بين ما يقدمه الإنسان من عمل للمجتمع وما يحصل عليه منه من فوائد[١]. والنوع الثانى هو العدالة التبادلية، وهى تتصل بالحقوق الخاصة، فهى عبارة عن التعادل بين التزامات وحقوق الأفراد فى المعاملات المالية التى تحدث بينهم، وبعبارة أخرى التعادل بين ما يأخذه الفرد وما يعطيه فى المبادلات التى تنشأ بينه وبين غيره من الأفراد في المجتمع، كما فى البيع والإيجار وغيرها من العقود التبادلية. وهذه العدالة بفرعيها (عدالة القسمة أو التوزيع والعدالة التبادلية أو عدالة التكافؤ) مصدرها الطبيعة، وهذا هو ما أدى إلى نشأة «قانون الطبيعة»[٢].

= تبغى إحداها على الأخرى فتنعم النفس بالسلام والوئام، وهذا هو غاية الكمال. وهذا التعريف - كما هو واضح - يشمل الجانب الخلقى للعدالة، لذلك كانت العدالة - بهذا المعنى - من صميم علم الأخلاق.

(١) مثال ذلك: أن من يدفع ضرائب أكثر أو يؤدى خدمات جليلة للدولة من حقه أن يحصل على مزايا أكبر، كأن يحصل على منصب رفيع.

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٤٦ - ٢٤٧ .

- H.Rommen: Le droit naturel; Histoire, doctrine, trad. fr., Paris, Egloff, 1945, p. 33.
- M. Villey: Philosophie du droit, I, definitions et fine du droit, 3éme éd, Dalloz 1982, p. 53.

وترجع الإرهاصات الأولى لنشأة «قانون الطبيعة» كمذهب فلسفى، إلى ما لاحظه فلاسفة الإغريق منذ القدم من أن هناك قوة عليا تحكم هذا العالم، وتحقق نظامه وتناسقه من الوجهة المادية والروحية. فالعالم يسير وفق قوانين ثابتة لا تتغير، وهذه القوانين تحكم الظواهر الطبيعية كما تحكم الروابط الاجتماعية، وهذه القوانين ليست من صنع البشر، بل هى ناتجة عن الطبيعة ويهتدى إليها الانسان عن طريق العقل[١].

هذه الفكرة وإن كان قد لاحظها جميع فلاسفة الإغريق، إلا أن الفضل فى إيضاحها وإجلاء غوامضها يرجع إلى المدرسة الرواقية[٢]. فقد فرق فلاسفة المذهب الرواقى بين نوعين من القوانين، القانون الوضعى وهو القانون الذى تضعه كل جماعة ليطبق عليها، والقانون الطبيعى الذى أوحت به الإرادة الإلهية إلى الإنسانية قاطبة، وهو يمتاز عن القانون الوضعى بأنه أقدم عهداً وأسمى منزلة وبأنه عام وشامل وخالد على مر الزمن[٣]. وقد نجم عن ذلك التفرقة بين نوعين من العدل : العدل الطبيعى،

(١) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص٢٣٦ .

• J.Voilquin: Introduction aux penseurs grece avant socrate, Paris, Flammarion, 1964, p.8 et s.

(٢) سميت هذه المدرسة باسم «المدرسة الرواقية»، لأن زعيمها ومؤسسها الفيلسوف «زينون Zénon» كان يلقى دروسه لتلاميذه ماشياً تحت أروقة أبواب أثينا المزينة بالنقوش. كما سميت هذه المدرسة باسم «مدرسة الزهد» لأن تعاليمها كانت تقضى على الإنسان بأن يعيش متقشفاً زاهداً.

(٣) ارتبط القانون عند الإغريق بالإله الأعظم «زيوس Zeus»، وتصوروا أن له بنتان: =

وهو العدل المطلق، وقد صنعته الطبيعة للبشر جميعاً. والعدل التشريعي، وهو عدل القوانين التي تضعها كل مدينة على حدة[١]. فهذه المدرسة اتجهت اتجاهاً فردياً إنسانياً، ونادت بخضوع الإنسان لقانون الطبيعة وحده، هذا القانون الذي ينعكس على الضمير الفردي ويتميز بطابع العالمية. ووفق منطق هذه المدرسة فإنه يجب أن تنهار الحواجز بين الدول لصالح الدولة العالمية، ويجب أن تظهر قواعد جديدة للأخلاق تتأسس على وحدة الطبيعة الإنسانية وفقاً لقانون العقل، ولذلك ترى هذه المدرسة أن الإنسان الحكيم هو الذي يكبح جماح شهواته ويتحرر من كافة المؤثرات وأن يهتدي إلي مبادئ العقل العليا أو مبادئ القانون الطبيعي[٢]. وقانون الطبيعة لا يخضع له الفرد وحده، وإنما تخضع له الدولة أيضاً، وإذا حدث وتمت المواجهة بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي كانت الغلبة بلا منازع إلى سيادة القانون

= إحداهما إلهة العدالة الدينية «تيمس Themis»، والثانية إلهة العدالة الوضعية «ديكي Dike». ومنذ القرن السادس قبل الميلاد تغلبت القواعد الوضعية «ديكي» وانفصل القانون عن الدين. ثم بدأ لفظ «الناموس Nomos» يحل محلهما، بيد أن ذلك لم يعن القضاء على فكرة العدالة، فقد ظلت مسيطرة على حياة الاغريق، ولكنهم جردوها من معناها الديني ونظروا إليها باعتبارها قاعدة من قواعد القانون الطبيعي.
دكتور/ صوفي أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٤٧ .

• Gaudemet: Histoire des institutions de l'antiquité, Paris 1967, p. 185 .

(١) دكتور/ محمود السقا: أضواء على تاريخ النظم الاجماعية والقانونية، طبعة ١٩٩١، الناشر دار النهضة العربية، ص ١٦٠ .

(٢) دكتور/ طه عوض غازي: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص٢٦٤ .

الطبيعي[١]. وبذلك مثلت تلك المدرسة ذروة الاتجاه المثالي فى الحضارة اليونانية المنادى بوجود قانون طبيعى يجب أن نستلهم منه أحكام القانون الوضعى، ونجد فيه اهتماماً بقواعد قانونية تنبع من العقل وتسمو على غيرها من القوانين الوضعية، ولذلك نادوا بعدم التدخل فى شئون الفرد والمساواة بين سائر الأفراد وإلغاء الرق والفوارق الاجتماعية بين الناس في كل الدول[٢].

المطلب الثانى

دور العدالة في تطور القانون الرومانى

أولاً: فلسفة العدالة عند الرومان:

كان الرومان على صلة بالثقافة الإغريقية[٣]، ولكن تلك الصلة لم

---

(١) دكتور/ محمود السقا: أضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، ص١٦١ .

(٢) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص٢٦٤ .

دكتور/ صوفي أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٤٩ .

- Ferid (M.): Cours de philosophie de droit, Univérsité de Caire, 1958 - 1959, p. 100.

(٣) من الصعوبة أن نحدد على وجه الدقة التاريخ الذى التقت به روما مع بلاد الإغريق للمرة الأولى، إن سلماً أو حرباً. دكتور/ محمود السقا: أثر الفلسفة فى الفقه والقانون الرومانى ، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، ١٩٧٢، العددان الأول والثانى، ص٢٠٧ .

تتوثق إلا منذ القرن الثانى قبل الميلاد، وبصفة خاصة بعد أن أخضعت روما بلاد الإغـريق لحكمـهـا نهائـياً فى عـام ١٤٦ ق.م. وحـينئـذ بدأ يظهـر بين الرومان أتبـاع للمدارس الفلـسفيـة الإغريقـية المختلـفة. وقد اتجـه الفقـهاء الرومان، بصفة عامة، إلى الفلسفة الإغريقية ينهلون من ينابيعها ويستمدون منها أساساً لنظرياتهم القانونية(١). ويكاد ينعقد الإجماع بين الباحثين على أن الفضل الأكبر فى ترجمة «مفهـوم العدالة» فى صوغها القانونى فى روما يرجع إلى «شيـشيرون Cicéron»(٢)، فقد ساهم هذا الفقيـه بجهد كبير فى نشر الفلسفة اليونانيـة عند الرومان، إذ أنه قد هضم كافة الأفكار والمدارس الفلسفيـة اليونانية ثم قام بعـرضها بصياغـة سهلة واضحة مما يسـر وصولها إلى أذهان المخـــاطبين(٣)، وقد قـام «شيشـيرون» بعـرض أفكاره في عدة

---

(1) Gaudemet: Quelques remarques sur le droit naturel à Rome, R.I.D.A., 1952, t. 1,p. 445 et s.

• M. Villy : Deux conceptions du droit naturel dans l'antiquité, R.H.D., 1953, p. 475 et s.

• R. Monier, G.Cardascia et j. Imbert: Histoire des institutions et des fait sociaux, Paris 1956, p. 213 - 215.

• Villers: Rome et le droit privé, Paris 1977, p. 98

دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٧٦ .

(٢) انظر فى تفصيـلات ذلك الموضوع: دكتور/ محمود السـقا: شيشرون **خطيباً وفيلسوفاً وفقيـهاً**، بحث منشور بمجلة العلوم القـانونية والاقتصـادية، السنة **السابعة عشر**، العدد الثانى، يوليو ١٩٧٥ .

(3) CF. P.W. Kamphuisen: L'influence de la philosophie sur la conception du droit naturel chez les jurisconsultes romains, R.H.D., 1932. =

مـؤلفـات[١]، كمـا أنه نطق بها فى عدة مرافـعات باعتبـاره أحـد المحامين الكبـار فى رومـا[٢]، ولهذا السبب يقـول بعض المعاصرين أن"شيـشيرون" كان القنطرة التى عـبرت علـيهـا الفلسـفة اليـونانيـة إلى روما[٣]. وقـــد عـرف «شيـشـيرون» العـدالة بأنهـا : «عـادة إتياء كـل ذى حق حقـه دون المسـاس بالصالـح العام»، ويقـتـرب من هذا التعـريف مـا قال بـه الفـقيـه «أولبـيـانوس Ulpien» معرفاً العدالة بأنهـا: «إرادة دائمة دائبة لإتياء كل

= • Gaudemet : Histoire des institiutions de l' antiquité, Paris 1967, P. 191

(١) من أهم مؤلفات «شيشيرون» فى فلسـفة القانون كتاب «الجمهورية De republica» وكتاب «وفقاً للقانون De ligibus» الذى لم يصل إلينا كاملاً، ويقال أنه تركه ناقصاً.

(٢) تمكن «شيـشيرون» - بحكم عـمله كمحام - من مـزج فلسفة أسـاتذته الإغريق بالواقع العملى وذلك عندما استخدم فكرة العدالة فى كثير من مرافعاته، وتمسك بسمو القانون الأخلاقى على القانون الوضعى لتحقيق مصلحة من يتولى الدفاع عنهم.

• CF. A. Bill: La morale et la loi, Thèse, strasbourg 1928, p. 232.

• G.Ciulei: Les rapport de l'equité avec le droit et la justice dans l'oeuvre de cicéron, R.H.D., 1968, p. 640.

(٣) دكتور/ فتحى المرصفاوى: تكوين الشرائع، ص١٦٥ .

بيد أن «شيشـيرون» لم يكن الرومانى الوحيد الذى نشر الفلسفـة اليونانية، بل نجد المفكر المعروف «سينيك» الذى عاش فى القرن الأول الميلادى ودعـا إلى الأفكار الخلقية المنبثقة عن الفلسفـة الرواقية وترك فـى ذلك عدة مؤلفـات. بل إن الإمبراطور الرومـانى «مارك أوريل» قد اهتم بالتوجه إلى مدينة أثينا ليطلع مبـاشرة على الفلسفة اليونانية، وصار من كبار أتباع المذاهـب الرواقية، وقد ألف كتاباً فى الفلسفة بعنوان «أفكار».

ذى حق حقه»[١]. ويتضح من هذين التعريفين للعدالة مدى تأثير الفلسفة الإغريقية على الفقهاء الرومان، وما كان للثقافة الإغريقية - وخاصة الفلسفة الرواقية - من صدى كبير فى نفوس الرومان[٢].

ولقد دخلت فكرة العدالة فى نطاق القانون على يد البريتور[٣]، حينما تأثر الفكر القانونى الرومانى بالفلسفة الإغريقية[٤]. فالعدالة تهدف إلى تحقيق الخير العام للمجموع ولذلك ينبغى أن تسيطر على كافة علاقات

---

(1) CF. Senn: De la justice et du droit , 1927, p. 1et s.

• M.P. Guibal: De l'influence de la philosophie sur le droit romain et la jurisprudence de l'époque classique, Thèse, Montpellier 1937, p. 124.

• P.W. Kamplhuisen: L'influence de la philosophie sur la conception du droit naturel chez les jurisconsultes romains, R.H.D., 1932, p. 403.

• J. Dabin: Théorie générale du droit, 1969, p. 350.

(٢) دكتور/ عبد العزيز شوكت: البدر الساطع فى أصول النظم والشرائع، ص٤٣٥ .

(3) Bichara Tabbah: La triogie: Securite: Justice, et progres social. Melanges P.Roubier. Dalloz sirer. 1961. p. 463.

دكتور/ على حافظ: أساس العدالة فى القانون الرومانى ، ص٢ .

(٤) انظر فى تفصيلات ذلك الموضوع:

دكتور/ محمود السقا: أثر الفلسفة فى الفقه والقانون الروماني في العصر العلمى، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد على أربعة أعداد متتالية ابتداء من السنة الحادية والأربعون، العددان الثالث والرابع، سبتمبر - ديسمبر ١٩٧١

الفرد وتصرفاته، لأنها تهدف إلى تحقيق الخير العام عن طريق المحافظة على المساواة بين الناس وإقامة التعادل بين ما يأخذون وما يعطون، فإذا حدث أى إخلال بهذه المساواة فإن العدالة تقتضى إزالة هذا الخلل أو إصلاحه وإعادة التناسب إلى ما كان عليه مرة أخرى[١]. والعدالة - بما تهدف إليه من تحقيق الخير العام - تمثل جوهر القانون الطبيعى، فالطبيعة وهبت الإنسان عدداً من الأفكار يهتدى بها فى تنظيم علاقاته مع غيره بقصد إيتاء كل ذى حق حقه، وقد ذهب فقهاء الرومان إلى أنه من مجموع هذه الأفكار يتكون القانون الطبيعى[٢].

وقد تسربت فكرة العدالة إلى محيط القانون الرومانى - بغرض التخفيف من صرامة القانون المدنى وشكليته وعدم ملائمة بعض أحكامه للتطورات الاقتصادية والاجتماعية التى طرأت على المجتمع الرومانى -

---

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٨١ .

(2) M.P. Guibal: De l'influence de la philosophie sur le droit romain et la jurisprudence de l'époque classique, Thèse, Montpellier 1937, p. 166.

- P.W. Kamphuisen: L'influence de la philosophie sur la conception du droit naturel chez les jurisconsultes romains, R.H.D., 1932, p. 399 - 400.

وانظر فى تفصيلات نظرية القانون الطبيعى:

دكتور/ محمود السقا: دراسة فلسفية لنظرية القانون الطبيعى فى العصر الوسيط، بحث منشور بمجلة مصر المعاصرة على ثلاثة أعداد متتالية ابتداءً من العد ٣٣٦ ، أكتوبر ١٩٧٦، السنة السابعة والستون.

وذلك من خلال ثلاثة مصادر هى: قانون الشعوب والقانون الطبيعى والقانون البريتورى[١].

قانون الشعوب: كان الرومان يخضعون فى علاقاتهم ومعاملاتهم إلى نوعين من القوانين، القانون المدنى الخاص بالمواطنين الرومان أو قانون المدينة الذى تكون من تقاليدهم ونظمهم وقد كان محصوراً فى قواعد الألواح الإثنى عشر والنصوص المكملة التى صدرت بعد ذلك، وقانون الشعوب الذى نشأة بريتور الأجانب ليطبق على العلاقات ذات العنصر الأجنبى، أى علاقات الأجانب فيما بينهم أو فيما بينهم وبين الرومان. وترجع ظروف إنشاء قانون الشعوب إلى العهد الذى لم يكن فيه للأجانب الذين نزحوا إلى روما - رغم استقرارهم فيها وتبادلهم وأهلها المصالح - حق الاحتماء بقانون المدينة والاشتراك فى نظمه وإجراءاته. فقديماً لم يكن للأجانب فى روما حقوق بل كانوا يعتبرون فى عداد الأعداء الذين يحل قتلهم أو الاستيلاء عليهم واسترقاقهم، ولما خفت حدة هذا المبدأ فيما بعد - بسبب تطور الأفكار وضرورة تبادل المنافع - أصبح للأجنبى الذى يجئ إلى روما حماية قانونية خاصة إذا احتمى مؤقتاً بأحد من الرومان أو إذا خضع لأحد الأشخاص الرومان بصفة دائمة باعتباره نزيلاً من النزلاء، وإلى جانب هؤلاء وجدت أيضاً طائفة أخرى من الأجانب اعترفت لهم

---

(١) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص٣١٨ .

وانظر في تفصيلات فكرة العدالة فى القانون الرومانى:

دكتور/ محمود السقا: دروس فى فلسفة القانون الرومانى، طبعة ١٩٨٠، الناشر دار الفكر العربى، ص٤٨ وما بعدها.

روما ببعض الحقوق بموجب معاهدات عقدتها مع دولهم. وعندما اتسعت فتوحات الرومان، دخلت فى الدولة الرومانية طوائف عديدة من الأجانب دون أن يكون لهم معاهدات تخول لهم تلك الحقوق، وكثرت الصلات التجارية بين الرومان وهؤلاء الأجانب فى روما، فأصبح من اللازم، صوناً لمصالح الرومان والأجانب على السواء، أن تنظم العلاقات والصلات بين سكان المدينة من رومان وأجانب على اختلاف أجناسهم، ومن أجل ذلك أنشئت وظيفة بريتور الأجانب عام ٢٤٢ ق.م. ليتولى لقضاء فى روما بين الأجانب أو بينهم وبين الرومان(١). وقد اضطر بريتور الأجانب - نظراً لعدم وجود نصوص قانونية لديه يسير عليها- أن ينشئ أحكاماً ومبادئ ليطبقها فيما يعرض عليه من منازعات، وقد استعان بريتور الأجانب لكى يتوصل إلى قواعد تحكم هذه المنازعات، بالمبادئ العامة السائدة لدى مختلف الأمم والمقبولة لديه، وكذلك استعار بعض أحكام القانون المدنى المطبق على الرومان، وكذلك استعان بمبادئ العدالة باعتبارها مجموعة القواعد المطابقة للعقل. وكانت هذه القواعد تتسم بعدالتها وبساطة إجراءاتها وخلوها من الشكليات غير المبررة، وكانت تقوم على سد

---

(١) دكتور/ عمر ممدوح مصطفى: أصول تاريخ القانون، ص٩٧ .

دكتور/ محمود السقا: العلاقات الدولية الرومانية خلال عصر الإمبراطورية العليا فى نطاق فلسفة المدينة العالمية، بحث منشور بمجلة مصر المعاصرة، أكتوبر ١٩٧٤، السنة ٦٥، العدد ٣٥٨، ص٦٩١ ومابعدها.

- D. Arriat: Le préteur péregrin, Paris 1955, p. 67.
- Levy Brhhl: Quelques problemes du très ancien droit rmoain , theorie de l'esclavage, Paris 1934.

حاجات عملية ولا تعتمد على نظرية فلسفية(١).

القانون الطبيعي: عندما تكامل قانون الشعوب وأصبح أهلاً لضبط جميع المعاملات والروابط القانونية، وتفوق على القانون المدنى بعدالة مبادئه وبساطة إجراءاته وخلوه من الرسميات، لم يجد البريتور المدنى بدأ من أن يستعير بعض مبادئه ويدمجها فى منشور ليطبقها على الرومان أنفسهم فى تصرفاتهم ودعاويهم(٢). ثم ظهرت لدى الفقهاء بتأثير تعاليم الفلسفة اليونانية فكرة سامية تنادى بوجود قانون ثابت لا يتغير، قائم على مبادئ لم تؤخذ من تقاليد متواضع عليها ولا من قواعد محدودة فى كتاب، بل مصدره الطبيعة، ويكشفه العقل من روح المساواة والعدل الكامنة فى النفس، فظهرت بذلك فكرة «القانون الطبيعى»(٣). وأول من نادى به هو «شيشيرون»(٤). وقد جعل «شيشيرون» مذهب القانون الطبيعى أساساً

---

(١) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص٣١٨ .

(2) D. Arriat: Le preteur péregrin, Paris 1955, p. 77

(٣) دكتور/ عمر ممدوح مصطفى: أصول تاريخ القانون، ص٩٨ .

وانظر فى تفصيلات ذلك الموضوع :

دكتور/ أحمد إبراهيم حسين: مفهوم القانون الطبيعى عند فقهاء الرومان، ص٨٩ وما بعدها.

دكتور/ محمود السقا: دروس فى فلسفة القانون الرومانى، ص٥٢ وما بعدها..

دكتور/ محمود السقا: دراسة فلسفية لنظرية القانون الطبيعى فى العصر الوسيط، ١٩٧٦، ص٤٧٥ وما بعدها.

(٤) يقول «شيشيرون» فى مؤلفه الجمهورية: «إن فى العالم قانوناً صحيحاً مطابقاً للطبيعة سارياً على جميع الناس ثابتاً أبياً يتولى الله حمايته وعقاب من يخالفه». انظر :

Ciceron : De republica, 3, 22, 33.

فلسفياً لقواعد قانون الشعوب، مما أدى إلى الخلط بينهما. فالفقه الرومانى تأثر ببساطة وعدالة قانون الشعوب باعتبار أنها تعبيراً عن قواعد القانون الطبيعى التى يوحى بها العقل، ومن هنا اتخذ قانون الشعوب طابعاً فلسفياً إلى جانب طابعه العملى باعتباره وليد لنشاط بريتور الأجانب. غير أن الفقه سرعان ما بدد هذا الخلط، فقانون الشعوب خلق رومانى ترتب على نظام الفصل فى المنازعات ذات الطرف الأجنبى، فى حين أن القانون الطبيعى بناء فلسفى انتقل إلى الرومان عن طريق الفلسفة اليونانية(١). ففى أواسط العصر العلمى، بدأ الفقهاء الرومان يميزون بين قانون الشعوب والقانون الطبيعى، وأسندوا كل مبتكر جديد إلى مبادئ العدالة وقانون الطبيعة، والرأى الغالب لدى فقهاء العصر العلمى يعتبر أن قانون الطبيعة هو المثل الأعلى الذى يجب أن تنسج على منواله القوانين الوضعية(٢). وباعتناق الفقه الرومانى لفكرة القانون الطبيعى، ظهرت العدالة كوسيلة لتطور القانون الرومانى، ولذلك قام الفقهاء الرومان - تحت تأثير العدالة - بتحليل الأحكام والقواعد القانونية وأرجعوها إلى الأصول الجوهرية، وأدخلوا فى بناء قواعدهم مبادئ لا وجود لها فى ظل أحكام القانون المدنى مثل حسن النية والتحلل من الشكلية وضرورة الوفاء بالعهود(٣).

---

(١) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص٣١٩ .

(٢) دكتور/ عمر ممدوح مصطفى: أصول تاريخ القانون، ص٩٩ .

• Giffard: Précis de droit romain, Paris 1946, t. 1, p. 11.

(٣) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص٣٢٠ .

القانون البريتورى: يعد المصدر الثالث الذى أدى إلى إدخال فكرة العدالة حيز التطبيق فى القانون الرومانى هو نشاط البريتور المدنى، عن طريق ما اصطلح على تسميته بالقانون البريتورى. والقانون البريتورى هو مجموعة القواعد التى أوجدها البريتور لضمان تطبيق القانون المدنى أو لتكملة ما به من نقص أو لتعديله، فالبريتور المدنى بماله من سلطة قضائية وولائية كان له أن يتخذ من التدابير ما يراه مناسباً لضمان سير العدالة، وكانت هذه التدابير تعلن فى ما يصدره من منشورات، ونتج عن ذلك ظهور مجموعة من القواعد القانونية أطلق عليها القانون البريتورى، وكانت معظم قواعده تنحو نحو العدالة والتحرر من شكليات القانون المدنى العتيقة، واستطاع أن يستحدث صيغ دعاوى جديدة أو يمنح دفوعاً تمنع من تطبيق أحكام القانون المدنى التى تجافى العدالة(١).

ثانياً: أثر العدالة فى تطور القانون الرومانى:

كانت العدالة من أهم الغايات التى يسعى القانون إلى تحقيقها عند الرومان، وتحت تأثير تبنى الرومان لفكرة العدالة كمعيار لصحة النظام القانونى – على أثر الالتحام بين القانون والعدالة والذى نبع من تأثير الفلسفة الإغريقية على القانون الرومانى – حدثت تطورات عديدة فى نظم كثيرة من نظم القانون الرومانى(٢). فلقد فرضت مثل هذه القيم والمفاهيم على عاتق كل من الفقهاء والحكام القضائيين عبئاً ثقيلاً، حيث كانت

---

(١) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص٣٢٠ .

(٢) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن : غاية القانون «دراسة فى فلسفة القانون»، ص ١٦٩ .

تقع على عاتقهم مهمة مراجعة الأفكار والمبادئ القانونية القديمة بغية طبعها بطابع العدل والإنصاف، وذلك فى ضوء ما توحى به مبادئ الفلسفة والحكمة ، ولا شك أنهم قد نجحوا بالفعل فى ذلك نتيجة لمحاولاتهم الدائبة والمستمرة[١]. فعلى أساسها اعتمد بريتور الأجانب فى خلق قواعد قانون الشعوب، وهى التى حدت بالبريتور المدنى إلى استعارة نظم هذا القانون وتطبيقها على الرومان. وحينما اتخذت العدالة صورة خلقية - بعد ظهور فكرة القانون الطبيعى - اهتدى بها الفقهاء عند تفسيرهم وتطبيقهم للقواعد القانونية، واعتبروها أساساً بنوا عليه كثيراً من الأفكار والمبادئ القانونية التى لا سند لها من النصوص القانونية واعتمدوا عليها فى تبرير بعض النظم والقواعد القانونية التى أوجدها البريتور، وتكون منها القانون البريتورى، وأصبحت نبراساً يهتدى به المشرع فيما يسنه من تشريعات[٢]. بل أصبح من حق القاضى - فى عهد الإمبراطورية السفلى - أن يعتمد عليها فيما يصدره من أحكام إذا التبس عليه الأمر وعجز عن الاهتداء إلى نص قانونى يلائم الحالة المعروضة عليه، وهذا الاتجاه صدر به مرسوم من الإمبراطور «قسطنطين» أباح فيه صراحة للقاضى الالتجاء إلى مبادئ العدالة[٣].

ولا نستطيع حصر التعديلات التى حدثت فى القانون الرومانى تحت تأثير العدالة، وذلك لفرط أثر العدالة فى نظم القانون الرومانى. ومن أهم صور أثر العدالة فى تطور القانون الرومانى يمكن أن نذكر باختصار ما يلى:

---

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٣٨٧ .

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب : مبادئ تاريخ القانون، ص٣٤٤ .

(٣) مجموعة الدساتير: ٣ ، ١ ، ٨ .

ولا نستطيع حصر التعديلات التى حدثت فى القانون الرومانى تحت تأثير العدالة، وذلك لفرط أثر العدالة فى نظم القانون. ومن أهم صور أثر العدالة فى تطور القانون الرومانى يمكن أن نذكر باختصار ما يلى:

١ - تحقيق المساواة بين الناس:

كان المبدأ السائد في القانون الرومانى هو التفرقة بين الرومان والأجانب، لدرجة أن الأجنبى كان لا يتمتع بأية حماية قانونية فى روما. بل كانت التفرقة قائمة بين طبقات المجتمع الرومانى نفسه، فهناك أحرار وعبيد، وأشراف وعامة ورب أسرة وأبناء أسرة... إلخ(١).

وعلى أثر تبنى فكرة العدالة وارتباطها بالقانون ، لاحظ الرومان أن هذه التفرقة تتعارض مع قواعد العدالة التى تسوى بين الناس وتبسط راية القانون فوق الجميع، ولذلك حاولوا تحقيق المساواة بين الناس فى الحقوق والواجبات. وبدأ ذلك الاتجاه بإلغاء التفرقة بين الأشراف والعامة سواء فى الحقوق السياسية أم فى الحقوق الداخلة فى نطاق القانون الخاص. ونفس هذا الاتجاه بدأ بالنسبة للأجانب - على يد بريتور الأجانب - فاعترف لهم بحق التعامل وحق التملك وحق التقاضى وبعض الحقوق المتعلقة بنظام الأسرة. وتمشياً مع هذا التطور صدر مرسوم الإمبراطور «كراكلا» عام ٢١٢ ميلادية الذى منح الجنسية الرومانية لمعظم طبقات الأجانب، وتوج هذا التطور بمرسوم صدر من الإمبراطور «جستنيان» عام ٥٣٠ ميلادية أزال بمقتضاه كل أثر للتفرقة بين الأجانب والرومان. وهكذا أصبح لكل إنسان يعيش داخل حدود الإمبراطورية الرومانية حق الاحتماء بالقانون

---

(٤) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٥٧ .

الرومانى[١].

وقد استعان الرومان بمبادئ العدالة لتحسين حالة الرقيق لأنهم لم يتمكنوا من إلغائه لضرورته من الوجهة الاقتصادية. فاعترفوا بوجود قوانين طبيعية بين الآباء والأبناء من الرقيق، وترتب على ذلك أن اعتبرت تلك القرابة مانعاً من موانع الزواج وسبباً من أسباب الإرث بعد العتق، واعترفوا للرقيق بنوع من الشخصية القانونية بحيث أصبح فى مقدوره أن يكون دائناً ومديناً بشروط معينة[٢].

كما تغير نظام الأسرة عند الرومان تحت تأثير فكرة العدالة، فظهرت القرابة الطبيعية المؤسسة على صلة الدم بجانب القرابة المدنية المؤسسة على الاشتراك فى الخضوع لسلطة رب الأسرة، ثم حلت محلها. واعتبرت هذه القرابة الطبيعية سبباً لاكتساب بعض الحقوق، مثل الإرث.. الخ. وبدأ

---

(٤) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٣٤٥ .

• Gaudemet: Histoire des institutions de l'antiquité, Paris 1967, p. 528.

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٥٧ .

دكتور/ محمود السقا: دروس فى فلسفة القانون الرومانى، ص٦٧ وما بعدها.

• Cuq: Manuel des institutions juridiques des romains, Paris 1928, p.143 et s.

• Monier: Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1967, p.278.

• Girard: Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1929, p. 684.

• Huveline: Cours élémentaire de droit romain, Paris 1927, t. II, p. 256.

القانون الرومانى يعترف لابن الأسرة بنوع من الشخصية القانونية، بعد أن كانت مقصورة على رب الأسرة، وظهرت التزامات وحقوق متبادلة بين أفراد الأسرة الواحدة(١).

وبذلك يمكن القول بأن العدالة كانت الفكرة الوحيدة التى أدت إلى تهذيب النظام القانونى للأشخاص فى القانون الرومانى(٢).

٢- استحداث مبادئ وأفكار قانونية جديدة:

اعتمد الرومان على فكرة العدالة فى استحداث كثير من الأفكار والمبادئ القانونية التى ليس لها سند من نصوص القانون. فقد لاحظ الفقهاء أن أى مجتمع إنسانى لا يستقيم أمره إذا أبيح لأى شخص فيه أن يستأثر بالغنم دون أن يتحمل بالغرم، وقد طبق الرومان هذه الفكرة فى بعض العلاقات الاجتماعية ومن أهمها: الشخص الذى يتسبب فى إحداث ضرر بالغير يلتزم بتعويض ذلك الغير عما أصابه من ضرر، لا يجوز لشخص أن يثرى على حساب غيره بدون وجه حق ومن ثم يلتزم المثرى بتعويض المفتقر بقدر ثرائه. ومن أمثلة ذلك أيضاً النظريات القانونية التى أقامها

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٣٤٥ .

دكتور/ محمود السقا: دروس فى فلسفة القانون الرومانى، ص٨٥ وما بعدها.

- M. Villey: Le droit romain, Paris 1964, p. 55 et s.
- Monier: Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1967, p. 323 et s.
- Girard: Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1929, p. 150.

(٢) دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: غاية القانون «دراسة فى فلسفة القانون»، ص١٧٠ .

الفقهاء على أساس فكرة العدالة مثل: نظرية الإعذار، ونظرية الخطأ التعاقدى[1].

ثالثاً: تخفيف حدة بعض النظم القانونية:

استعان الرومان بمبادئ العدالة لتخفيف حدة الرسميات والشكليات التى كانت تسود القانون الرومانى. ففى القانون القديم كان لابد - حتى تترتب على التصرفات القانونية آثارها - من إفراغ التصرف القانونى فى قالب شكلى معين[2]. ولكن مبدأ حسن النية - وهو من أهم تطبيقات فكرة العدالة - يقضى على الشخص بالوفاء بتعهده حتى ولو لم يكن قد أفرغ فى صورة شكلية، وترتب على ذلك إلغاء بعض التصرفات القانونية ذات الطابع الشكلى مثل عقد القرض الرسمى (nexum)، والتجاوز عن بعض الشروط الشكلية فى بعض العقود مثل التجاوز عن شرط استعمال اللغة اللاتينية فى النطق بعبارات عقد الاشتراط الشفوى. ثم وصل الأمر بهم إلى حد تغليب المعنى على اللفظ فى عقد الاشتراط منذ صدور مرسوم الإمبراطور «ليون» عام ٤٨٢ ميلادية الخاص بذلك. وترتب على ذلك أيضاً أن أنشأت عقود يكتفى فيها بالتراضى دون حاجة لإفراغ الرضا فى قالب شكلى معين، وهى عبارة عن العقود الرضائية المعروفة فى القانون الرومانى

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٥٨ .

دكتور/ أحمد إبراهيم حسن: غاية القانون «دراسة فى فلسفة القانون»، ص١٧١ .

(٢) انظر فى تفصيلات ذلك الموضوع رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه والمقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة عام ١٩٩٦ تحت عنوان «مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى»، ص١١١ وما بعدها.

(البيع ، الإيجار ، الشركة ، والوكالة)[١].

وظهر أثر فكرة العدالة فى تفسير نصوص القانون والتصرفات القانونية. فالمبدأ القديم كان يقضى بالتمسك بحرفية النصوص، وكان هذا التطبيق الحرفى لنصوص القانون يؤدى - فى بعض الحالات - إلى نوع من الظلم[٢]، ولذلك ظهر اتجاه جديد يقضى بعدم التمسك بحرفية النصوص والانسياق وراء تطبيقها المنطقى البحت، ويوجب مراعاة العدالة والمصلحة العامة فى تفسير النصوص. وهذا الاتجاه الجديد فى التفسير طبقوه أيضاً على الشروط التى يضمنها الأفراد عقودهم، فأصبحوا يطالبون بضرورة البحث عن إرادة الطرفين الحقيقية وتغليبها على الألفاظ التى يستعملونها، بحيث أصبحت «العبرة بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمبانى» حتى ولو كان العقد من العقود الشكلية ، وترتب على ذلك أن اتسعت سلطة القاضى فى تفسير الاتفاقات، وقد استقر هذا المبدأ الجديد فى التفسير نهائياً منذ القرن الثالث الميلادى[٣]. وهكذا اجتمع العامل الفلسفى والقانونى فى بوتقة واحدة أدت إلى منهاج جديد فى طريقة الفقهاء الرومان فى استنباط الأحكام القانونية. فلم يعد الفقه إذن مجرد إلمام بالأحكام القانونية والحلول

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٣٤٦ .

دكتور/ محمود السقا: دروس فى فلسفة القانون الرومانى، ص٦٠ وما بعدها .

• Vonglis (B.) : La lettre et l'esprit de la loi dans la jurusprudence classique et la rhétorique, 1968.

(٢) عبر «شيشيرون» عن ذلك بقوله: «المغالاة فى الحق منتهى الظلم».

(٣) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٥٩ .

دكتور/ أحمد إبراهيم حسن : غاية القانون «دراسة فى فلسفة القانون» ، ص١٧١ .

المتبعة، أو وقوفه عند حدود معرفة التقاليد السائدة والقواعد المصطلح عليها، بل إمتدت ساحته الإبداعية إلى القيام بتحليل هذه الأحكام وإرجاعها إلى مبادئ عامة، ومن ثم أصبح يؤسس على أصول فنية للقيام بوظيفته علي خير وجه، وهى «استنباط القواعد العامة التي تتفرع عنها أحكام القانون لتطبيق هذه الأحكام على ما يطرأ من العلاقات بين الناس»(١).

وهكذا لعبت العدالة - بفضل مبادئها وجوهرها - دوراً خلاقاً فى سجل القانون الرومانى، فقد تحركت الحياة القانونية الراكدة واتجهت صوب آفاق أكثر إنسانية بفضل ما جاءت به العدالة من مبادئ وأحكام أحدثت ثورة تشريعية فى روما، سواء لتفسير نظم قائمة أو تبريرها أو خلق نظم قانونية جديدة، كل ذلك فى نطاق إنسانى وأخلاقى وفى إطار الصالح العام(٢).

المطلب الثالث

دور العدالة فى تطور القانون الإنجليزى

أولاً: *القانون الإنجليزى فى المرحلة السابقة على ظهور قانون العدالة*:

ارتبط تطور القانون الإنجليزى برابطة وثيقة بتطور النظام القضائى فى إنجلترا(٣)،

---

(١) دكتور/ محمود السقا: أضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، ص١٦٩ .

(٢) دكتور/ محمود السقا: أضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، ص١٦٨ .

(٣) كان لتطور النظام القضائى فى إنجلترا أثر فعال فى تطور النظم القانونية، وقد ارتبط هذا التطور - إلى حد ما - بالتطور السياسى. فقد تميز العهد النورماندى (بدأ منذ عام ١٠٦٦) بانتشار النظام الإقطاعى ووجود نزاع مستمر بين الملك من جهة والنبلاء من =

فـفى العصـر النورمـاندى[1]، كانت ولاية القـضاء فى إنجلترا مـوزعة بين

= جهـة أخرى بسـبب التوسـع الذى حدث فى سلطة الملك. وقـد انتهى هذا النزاع بـصدور «العهـد الأعظم Magna Charta» عام ١٢١٥ الذى نظم العلاقـة بين الملك والنبلاء.
ونفس الظاهرة نلاحظها فى المحيط القانونى، فالمحاكم الملكية، اعتماداً على سلطة الملك المتزايدة، كانت قد اعتدت على اختصـاصات المحاكم الأخرى مما كان مثاراً للمنازعات بين جهـات القضـاء المتعددة، ولذلك صـدر قانون «إكسفورد» عـام ١٢٥٨ الذى حدد اختصاصات المحاكم المتعددة، ومنها المحاكم الملكية، طبقاً للوضع القائم وقت صدوره، وبذلك أصبح للمحاكم الملكيـة حق نظر المنازعات التى كانت تنظرها وقت صدور هذه القـانون. ولكن تطبيق هـذا القانون أثار عـدة صعـوبات عمـلية مما اضطر الإنجليـز إلى إصدار قانون «وستمنستر Statute of Westminster II» عام ١٢٧٥ . وقد أصبح اختـصاص المحـاكم الملكية – بعد صـدور هذا القانون – ليس مـقصـوراً على الحالات المماثلة للحالات التى كانت تنظرها وقت صدور قانون ١٢٥٨، بل تعداها إلى الحالات التى تمت بصله شبه إلى الحـالات التى كانت تختص بها طبقاً لقـانون ١٢٥٨ . واعتماداً على ذلك القانـون الجديد، وعلى تأييد الملك وإقـبال المتـقاضين، ازداد اختـصاص تلك المحـاكم حـتى عم كل البـلاد وكل المنازعـات. وكـان لهذه المحـاكم – بمقـتـضى ذلك القانـون– حق استحـداث مبـادئ قانونيـة فى حالة قـصور «السـوابق القضائـية»، ومن مجموعة هذه السوابق تكونت مبادئ القانون العادى. وهكذا آل إلى المحاكم الملكية جل اختصاص المحاكم الأخرى وأصبحـت تسمى باسم «المحاكم العادية»، نسبة إلى القانون العادى الذى قامت بتفسيره وتطبيقه على المنازعات المعروضة عليها. دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٣٤٨ .

(١) مر القانون الإنجليزى خلال تطوره بمراحل أربع، نشير إليها فى إيجاز فيما يلى:
أولاً: المرحلة الصلتية: وهى تلك المرحلة التى سادت فيها العادات والتقاليد التى أدخلتها القبائل الصلتـية عندما استوطنت فى الجـزيرة البريطانية فى عصورها التـاريخية الأولى، ولـم يبق لهـذه التقـاليد القـانونية أى أثـر فى القانون الإنجليـزى فى عصـوره التاليـة. =

= ثانياً: المرحلة الرومانية: وتبدأ هذه المرحلة باحتلال الرومان للجزيرة البريطانية عام ٥٥ ق.م.، وتنتهى عام ٤٤٩ ميلادية، وفيها أحل الرومان قانونهم ومدنيتهم ودينهم محل التقاليد والديانات الصلتية. ولم يكن لهذه المرحلة أثر ملحوظ فى القانون الإنجليزى، لأنها زالت بزوال الفتح الرومانى وحلول الفتح الأنجلوسكسونى محله.

ثالثاً: المرحلة الأنجلوسكسونية: وتبدأ هذه المرحلة بفتح القبائل الأنجلوسكسونية لإنجلترا عام ٤٤٩ ميلادية وتنتهى عام ١٠٦٦ ميلادية، (وكلمة أنجلو سكسونى مشتقة من Anglo soxons ، وهو اسم لنوعين من القبائل الجرمانية Angles et saxons التى دهمت إنجلترا فى القرن الخامس بعد الميلاد، وقد كان لكل منهما مملكته فى الجزيرة، ثم توحدنا وأطلق عليهما فى مبدأ القرن التاسع اسم واحد هو Angle Lands أى England). وفى هذه المرحلة تم القضاء على كل أثر للنظم الرومانية من دين ولغة وقانون، وحلت محلها تقاليد الفاتحين ولغتهم وديانتهم. وقد غلب على القانون فى تلك المرحلة الطابع الجرمانى، إذ انتقلت إلى إنجلترا تقاليد جرمانية من مجموعات القوانين التى وضعتها القبائل الجرمانية عند سيادتهم على أوروبا وعلى أجزاء من الدولة الرومانية منذ القرن الخامس الميلادى. ومعظم هذه التقاليد قد صيغ فى أوامر وقرارات وقوانين صدرت من الملوك الذين حكموا فى خلال العصر الأنجلوسكسونى، ثم جمعت هذه القوانين عقب الفتح النورماندى فى مجموعات خاصة، زعم واضعوها أنها ذات صفة رسمية. وجدير بالذكر أن المسيحية بدأت فى الانتشار فى إنجلترا منذ القرن السادس، وتبع ذلك تطبيق القانون الكنسى - خلال تلك المرحلة - على المسائل الدينية والشئون المتعلقة بالكنيسة وبرجالها.

رابعاً: المرحلة النورماندية: وتبدأ هذه المرحلة عام ١٠٦٦ ميلادية بدخول «النورمان Normans» - أى رجال الشمال - إلى إنجلترا . وفى الواقع فإن التاريخ الحقيقى الثابت للقانون الإنجليزى لا يبدأ إلا منذ هذا التاريخ، فقد أدخلت نظم ثابتة أساسية فى القانون الإنجليزى بنيت عليها تطورات فى العصور التالية، واكتملت =

المحـاكم الكنسيـة والمحاكم الإقطاعـيـة والمحاكم الملكيـة، وهذا التعـدد فى جهـات القضاء قد صـاحبه تعدد آخـر فى القوانين واجبـة التطبيق. فكانت المحاكم الكنسـية تطبق على قضاياهـا القانون الكنسى المستمـد من الكتاب المقدس (التوراة والإنجيل)، والعرف، وقواعد القانون الرومانى بعد تهذيبها وتعديلها بما يتلائم مع الأسـس الخلقية والدينية التى قامت عليها المسـيحية، بالإضـافة إلى بعض النصـوص التشـريعـية التى كـانت تصدرها المجـالس الكنسـية(١). أما المحاكم الإقطاعة فكانت تتبع فى أحكامـها وتقاليد البلاد القـديمة،و هى تقـاليـد غـامـضة غـيـر ثابتـة، تختـلف باختـلاف الأمـاكن والطبقات.

وقد شهـد القرن الثالث عـشر صراعاً طويلاً بين المحـاكم الملكية من جـهة، ومـا عـداها من المحاكـم من جـهة أخـرى، وانتـهى الأمـر بانتصـار المحاكم الملكية واستئثارها بولاية القضاء دون المحاكم الأخرى. ونتج عـن ذلـك أن توحـد القـانون الواجـب التطبـيق وأطلق عليـه اسـم «الـقـانون العـام Common Law»(٢)، كما أصبحت المحـاكم الملكية تسمى «محاكم

= مصادره من تشـريع وقضاء وفقه. دكتـور/ مصطفى صقر: فلسفـة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٤١٧ - ٤١٨ .

• Gilissen (J.) : Introduction historique au droit, 1979, p. 185.

(1) • Gilissen (J.) : Introduction historique au droit, 1979, p. 127.

(٢) يرى جـانب من الفقـه أن اصطلاح «Common low» مسـتعـار من الاسم الذى كان يطلق علي القـانون الكنسى العـام «Jus commune» الذى كـان يطبق على جـمـيع الكنائس فى البلاد بالمقابلة للقانون الخاص الذى تطبقه كنيسة دولة معينة. الأستاذ/ على بدوى: أبحاث التاريخ العام للقانون، الجزء الأول، تاريخ الشرائع، ص١٨٧ . =

القــانــون العــام Court of common law» نســبة إلى القــانون الذى تطبقــه، وباعتبــارها كذلك صاحبــة الولاية العامة التى يخضع لاخــتصاصهــا جميع السكان(١).

ويمكن حصر مصادر القانون العام فيما يلى :

١ - التقاليد والعادات العرفيــة التى كانت تسود كل البلاد قبيل الفتح النورماندى، بعد أن تهذبت واستقرت فى صورة واضحة المعالم.

٢ - القــرارات والقــوانين التى كــان يصــدرها الملوك من وقت لآخــر بهدف تنظيم بعض النظم القانونية.

٣- سجلات السوابق القــضائية، وهى تعتبر أهم مــصدر من مصادر القانون العام، وهى تتضمن التقاليد والمبادئ القانونية التى كانت قد أقرتها المحاكم الملكية (والتى أصــبحت تحمل اسم المحاكم العادية). وقــد اعتبرت هذه المبادئ مــصدراً قانونياً لأن القــضاء الإنجليزى كان - وما يــزال - يقيد نفــسه فــيمــا يصدره من أحكام بمبــدأ الســوابق القضــائية. ومــعنى ذلك أن المحــاكم إذاً ثبت لديها وجــود مبــدأ قانونــى - حينمــا تتعــرض لنظر نزاع

= ويرى أستــاذنا الدكتور/ صــوفى أبو طالب - فى هذا الصدد- استــعمال التــعبيــر العربى «القانون العادى» بدلاً من «القانون العام» كترجمة لاصطلاح «common law»، لأن تعبــير «القانون العــام» يثير بعض اللبس، فــهو يستــعمل بمعنى خاص فى الفــقه اللاتينى -ومنه الفقه المصــرى - فيقصد به القانون الذى ينظم العــلاقة بين الدولة والأفراد أو بين سلطات الدولة المخــتلفة. انظر مــؤلف سيادتــه: مبادئ تاريخ القــانون، ص٣٤٩ هامش رقم(١).

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٤١٩ .

معين - وطبقته فى النزاع المعروض عليها، فهـذا الحكم يعتبر سابقة قضائية يلتزم بـها القضـاء في المستـقبل بشروط مـعينة. ومن أجل ذلك لـعبت هذه السوابق الـقضائيـة دوراً خطيراً فى تطور القـانون الإنجليزى لدرجـة أمكن معهـا القول بأن القانون العام تكون - بصفـة عامة - من مجموعـة القواعد والمبادئ القانونية التى أقرتها المحاكم الملكية (المحاكم العادية فيما بعد) منذ القرن الثالث عشر[١].

وقد كـان القانون الذى تطبقـه المحاكم الملكية بعـد استئـثارها بولاية القضاء يتسم بالضيق والشكلية، وأصـبح عاجزاً عن متابعة التطور مما جعله يصاب بحالة من الجمود، ويرجع ذلك إلى عدة أسباب أهمها: تقديس مبدأ السوابـق القضائية، وبذلك حصـرت المحاكم نفـسهـا فى هذه الدائرة ولم تسمح لنفسهـا بالخروج عنها حتى ولو ظهرت مجافـاة أحكامها للعدالة أو عدم ملائمتها لتطور المجتـمع. كذلك فإن ندرة تدخل المشرع ساعدت أيضاً على جـمود القـانون[٢]. كذلك أدى انعـدام صلة القانون العـام الإنجليزى بالقـانون الكـنسى والقـانون الرومـانى إلى حـرمـان المحــاكم العـادية من مصدرين خصيبين للقانون[٣].

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٦١ .

• Gilissen (J.) : Introduction historique au droit, 1979, p. 189.

(٢) دكتـور/ طه عوض غازى: فلسـفة وتاريخ النظم القانونيـة والاجتمـاعية «نشـأة القانون وتطوره»، ص٣٢٨ .

دكتور/ هـشام على صادق، دكتـور/ عكاشه محمـد عبد العال: تاريخ النظم القـانونية والاجتماعية، ص٢٧٦ .

(٣) اعتمدت المحاكم العادية فى المسائل التى ورثتها عن المحاكم الكنسية على المبادئ التى =

ثانياً: ظهور قانون *العدالة*:

ابتداء من عهد الملك إدوارد (١٠٤٢ - ١٠٦٦م)، أصبح يوجد إلى جانب الملك مجلس خاص يتشيره في أمور الدولة، وعلى رأسه مستشار، كان الملك يختاره في العصور الأولى من كبار رجال الدين، وفي العصور التالية كان يختاره من كبار رجال القانون. ولم يكن لهذا المستشار في البداية أية سلطة قضائية لأن ولاية القضاء كانت من اختصاص المحاكم العادية، وإنما كان يعتبر الأمين الأول لسر الملك، ولهذا كان يقوم بمعاونة مجموعة من الموظفين بأكثر الأعمال حساسية[1]، ولكن منذ القرن الثالث عشر بدأ الملك يحيل إليه المظالم والشكاوى التي يرفعها الأفراد إليه. وقد تزايدت تلك الشكاوى بسبب ما لمسه الأفراد من قصور القانون العام وجموده وبعده عن العدالة أحياناً، هذا بالإضافة إلى عجز محاكم القانون العام في بعض الحالات عن استدعاء بعض الأشخاص ذوي السلطة والنفوذ أمامها، أو عجزها عن تنفيذ الحكم إذا صدر ضد أحد هؤلاء الأشخاص. وكانت قرارات المستشار الذي يفصل بها في تظلمات الأفراد ذات صفة إدارية أكثر

= خلفتها هذه المحاكم، ولكنها لم تحاول - منذ القرن الرابع عشر - الاستعانة بأحكام القانون الكنسي نفسه. يضاف إلى ذلك انقطاع تعيين رجال الدين - وكانوا من المثقفين في القانون الروماني - في المحاكم العادية وإحلال قضاة مدنيين بعيدي الصلة بالقانون الروماني محلهم، وكان ذلك نتيجة لروح الفتور - بل روح العداء - نحو القانون الروماني. دكتور/ صوفي أبو طالب : مبادئ تاريخ القانون، ص٣٥١ .

(١) دكتور/ محمد جمال عطية عيسى: تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، طبعة ١٩٩٩، الناشر دار النهضة العربية، ص١١٥ .

منهـا قضائـية[١]. ولكن رؤى بعد ذلك إضـفاء الصفة القضـائية على هذا المجلس الاستـشارى بحيث انتـهى الأمر فى القرن الرابع عـشر إلى تشكيل محكمـة خاصة لنظر هذه التظلمـات أطلق عليها «مـحكمة المستـشار»[٢] وكان المستـشار غيـر مقيـد بتطبيق قانون بعـينه فله اللجوء لقواعـد القانون العادى وله أن يلجأ إلى ما يمليـه عليه العقل وما يهدى إليه الضمـير المستنير ويتطابق مع روح العدل. ومع الزمن تكونت مجموعة من القواعد القانونية تتفق أحياناً وتخـتلف أحياناً عن قواعد القانون العـادى، ومنها تكون قانون العـدالة، وهذه التسـميـة مرجـعـها إلى أن الجـانب الأعظم من قواعـد هذا القانون كـان مصدره العـدالة. وبذلك فإن جذور الـتطبيق الواقعى لقـواعد العدالة فى إنجلترا ترجع إلى المجلس الاستشارى الخاص[٣].

ولم يرد الإنجليز قواعد العدالة إلى فكرة القانون الطبيعى، بل أسندوا

---

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٤٢٤ .

(٢) سـاعـد الإنجليـز على الوصـول إلى ذلك التطور ظـهور فكـرة نظرية مـؤداها أن أحكام المحاكم العادية ليست بالضرورة نهائية، بل من الممكن الطعن فيها أمام هيئة أخرى، وأن المبدأ القانـونى الذى تقبله أو ترفض الأخذ به المحكمة العـادية من الممكن أن تأخذ به أو ترفضه هيئه أخرى. وبما أن الملك هو صاحب الحق الأول فى توزيع العدل بين رعيته فإنه يكون من حقه مراجـعه أحكام المحاكم العادية وقبول مبـدأ قانونى رفضت الأخذ به، أو عدم الأخـذ بمبدأ قـانونى سبق أن أخـذت به. وقد عهـد بهذه المهـمة إلى محـكمة تحت رياسة المستـشار. وبذلك أصبح الملك - عن طريق مـستشاره - صاحـب الحق فى إقامة العدل وإدارة القضاء. دكتور/ صوفى أبو طالب : مبادئ تاريخ القانون، ص٣٥٢ .

(٣) دكتـور/ طه عوض غازى: فلسـفة وتاريخ النظم القانونيـة والاجتمـاعية «نشـأة القانون وتطوره»، ص٣٢٩ .

تلك القواعد إلى الملك باعتباره مصدر العدالة وممثلها الحى والقائم على إحيائها، حيث أنه صاحب الحق الأول فى توزيع العدل بين رعيته. ولذلك قيل أن العدالة تسيل من ضمير الملك، كما أطلق على محكمة المستشار اسم «محكمة الضمير» نسبة إلي ضمير الملك(١). ورغم أن المستشار كان ينسب أحكام العدالة إلى «ضمير الملك»، إلا أن ذلك لا ينفى أنه كان يستقيها - فى حقيقة الأمر - من مبادئ القانون الطبيعى وبعض مبادئ القانون الرومانى، وكلاهما كان مختلطاً بالقانون الكنسى ، فى العصور الوسطى، الذى كان معروفاً عند الإنجليز منذ عهد المحاكم الكنسية. والسبب الرئيسى الذى دعا المستشار إلى إخفاء المصدر الحقيقى لمبادئ العدالة هو روح الكراهية التى كانت سائدة - فى ذلك العهد - نحو القانون الرومانى والقانون الكنسى، بسبب المنافسة التى كانت قائمة بين المحاكم الكنسية والمحاكم الملكية، وبسبب خوفهم من تدخل رجال الدين الأجانب(٢).

وكان من نتيجة مرونة قانون العدالة وسمو مبادئه، أن بدأ التنافس بين محاكم القانون العام ومحكمة المستشار، وأخذ كل منهما يسعى إلى نشر نفوذه على حساب الآخر. وقد استمر الوضع كذلك من القرن الخامس عشر إلى القرن السابع عشر، حيث انتهى هذا الصراع بتغلب قانون العدالة، واكتسبت محكمة المستشار بأمر ملكى الحق فى إصدار أمر بإيقاف تنفيذ

---

(١) الأستاذ/ على بدوى: أبحاث التاريخ العام للقانون، الجزء الأول، تاريخ الشرائع، ص٨٢ .

(٢) دكتور / صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٣٥٤ .

حكم ظالم صادر من المحاكم العادية. في عام ١٨٧٢م صدر في إنجلترا قانون القضاء الذى قضى بتنظيم المحاكم من عادية واستشارية على أساس واحد، وجعل لها إجراءات واحدة لمنع تنازع الاختصاص بينها، وقرر هذا القانون أنه فى الحالات التى تختلف فيها مبادئ القانون العام عن قانون العدالة، يجب على المحاكم أن تطبق قانون العدالة دون القانون العام. وبذلك تغلبت مبادئ العدالة على مبادئ القانون العام(١).

ثالثاً: أثر العدالة في تطور القانون الإنجليزى:

لعبت العدالة دوراً كبيراً فى القانون الإنجليزى، إذ أنه بناء عليها استطاعت محكمة المستشارية أن تخلق قانون العدالة إلى جانب الشريعة العامة، فقد أثمرت الجهود الخلاقة لمحكمة المستشار مجموعة من النظريات والأصول القانونية التي قام عليها قانون العدالة. وكان لظهور قانون العدالة أثره فى تغيير وتطوير كثير من قواعد القانون الإنجليزى.

أ- إجراءات التقاضى: لوحظ أن إجراءات التقاضى المدنية فى قانون العدالة أسرع وأيسر من تلك التى يوجبها القانون العادى، من ذلك مثلاً أن من كان يتخلف من الخصوم عن المثول أمام محكمة المستشار كان يعد مرتكباً لجريمة «ازدراء المحكمة Contempt of Court»، كما أن المحكمة كانت تتيح لمن يحصل على حكم منها من الدائنين الحق فى الحجز على أموال مدينة وفاءً لحقه. ولم يكن الحال كذلك أمام المحاكم العادية، فالإجراءات أمامها طويلة ومعقدة. ولما كان الحال كذلك فقد هرع الأفراد

---

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٤٢٥ .

• Gilissen (J.) : Introduction hustorique au droit, 1979, p. 190.

إلى رفع دعاواهم أمام محكمة العدالة لأنها تحقق طموحاتهم حيث يتاح لكل ذي حق أن يحصل عليه في أسرع وقت وعن طريق إجراءات ميسورة. كما أن محكمة المستشار كان في مكنتها دائماً إلزام المدين بالتنفيذ العيني جبراً عنه، وهو أمراً لم يكن في وسع المحاكم العادية أن تأتيه متى أظهر المدين استعداده لدفع قيمة الشئ المتنازع عليه. والبادي من ذلك أن التوسع في نطاق اختصاص محكمة المستشار قابله انحسار وضمور في نطاق اختصاص المحاكم العادية، بل وأكثر من ذلك أنه قد ساعد على اتساع نطاق محكمة المستشار على حساب المحاكم العادية ما كان للمحاكم الأولى من سلطة إصدار الأوامر والنواهي في مواجهة الأفراد الذين كانوا يلتزمون بها حتى لا يقعوا تحت طائلة الجزاء، وقد كانت محكمة المستشار تستعمل هذه الأوامر والنواهي لسلب اختصاص المحاكم العادية ومنعها من تطبيق القانون العادي في كل مرة سوف يظهر فيها أن أحكام هذه المحاكم سوف يأتي بما يخالف العدالة[١].

ب- المبادئ القانونية: كانت محكمة المستشار مصدراً لقواعد قانونية تنحو منحى العدالة، وتعمل على التخفيف من حدة قواعد القانون العادي ومواجهة النقص والقصور فيها ، ومنها: أنه يجب توافر سبب للالتزام حتى يمكن للدائن المطالبة بتنفيذه، فلا يكفي لقيام الالتزام توافر جميع شروطه الشكلية إذا تخلف سببه. كذلك فيما يتعلق بعيوب الإرادة، فإذا شاب أحد المتعاقدين غش أو تدليس فهنا يبطل العقد حي ولو أفرغ في الشكل

---

(١) دكتور/ هشام على صادق، دكتور/ عكاشة محمد عبد العال: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٧٩ .

القانونى[١]. أما المحاكم العادية فكانت تسير على مبدأ أن الالتزام ملزم للمدين مادامت قد توافرت جميع شروطه الرسمية بغض النظر عن تخلف سبب الالتزام أو كون إرادة أحد الطرفين مشوبة بعيب كالتدليس مثلاً، فالمتعهد بمبلغ من المال على سبيل القرض يلتزم برده حتى ولو لم يكن قد قبضه فعلاً من الدائن، ولكن محكمة العدالة لا تعترف بوجود هذا الالتزام[٢].

أوجدت محكمة العدالة مبدأ يقضى باستقلال الزوجة بإدارة أموالها وحرية التصرف فيها، خلافاً للقانون العادى الذى يجعل الإدارة والتصرف فى أموال الزوجة من حق الزوج[٣].

أباح قانون العدالة نقل الملكية العقارية إذا وجدت نية التمليك والتملك، بعكس القانون العادى الذى كان يستلزم وسائل خاصة لنقل الملكية بحيث لا يكفى التراضى لنقلها[٤].

وهكذا نرى أن العدالة فى القانون الإنجليزى أحدثت انقلاباً في البناء القانونى والإجرائى فى هذا القانون.

---

(١) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره» ، ص٣٣١ .

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٦٦ .

(٣) دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٣٥٥ .

(٤) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره» ، ص٣٣٢ .

المطلب الرابع
دور العدالة فى تطور الفقه الإسلامى

ظهرت العدالة(١) - باعتبارها عاملاً من عوامل تطور القانون - في الشريعة الإسلامية تحت اسم «الرأى» أو «الاجتهاد»، وقد كان للرأى دور

---

(١) العدالة أصلها فى اللغة العربية كلمة «عدل»، وهى تفيد فى أحد معانيها الحكم بالحق، وهى تقابل بهذا المعنى الكلمة الفرنسية «Equité». ولكن يلاحظ أن الكلمة الفرنسية «Justice» وهى تعنى كذلك فى اللغة العربية العدالة أو العدل أوسع فى معناها من كلمة «Equité». انظر فيما يتعلق بأصل ومعانى كلمة «عدل» إبن منظور، لسان العرب، الجزء الرابع، طبعة دار المعارف. وفيما يتعلق بمعنى كلمة «Equité»، «Justic» انظر:

• Grand Dictionnaire Encyclopedique la rousse, T. 4, ed 1983. et, T.6, ed 1984.

وقد عرف عرب الجاهلية قبل الإسلام «العدالة» بمعنى «Justice» وذلك بالمقابل لكلمة «ظلم» بمعنى «injustice». وكانت العدالة تسند في ذلك الوقت على القوة كما كان هو الشأن فى المجتمعات القديمة، وعلى العصبية. ويمكن تقسيم القيم التى كانت سائدة حينئذ إلي قيم معنوية (المروءة ، الشرف، الثأر)، وإلى قيم مادية (المال)، وأخيراً إلى قيم روحية. وفى داخل نطاق هذه القيم الأخيرة يمكن التمييز بين : الاعتقاد والتشريع (فكرة الحلال والحرام، الأخذ بالثأر كصورة من صور التشريع والقضاء الذى كان يتم فى شكل اللجوء إلى التحكيم) الاعتقاد والعدل. وكان العرف والحلف يعدان من مصادر العدالة فى ذلك الوقت. انظر، دكتور/ عبد المنعم درويش: مقدمة فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٧٠ .

هام فى تطور الفقه الإسلامى[١]، فهو مصدر خصب من مصادر الشريعة الإسلامية اعتمد عليه الفقهاء فى استحداث كثير من الأحكام وفى تفسير نصوص الكتاب والسنة[٢].

ويقصد بالرأى فى اللغة العقل والتدبير، أما فى الاصطلاح فهو

---

(١) استهدفت العدالة فى الشريعة الإسلامية تحقيق مقاصد الشريعة المعروفة وهى حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال، وفى ضوء هذه المقاصد استخلص الفقهاء المبادئ العامة المطبوعة بطابع العدالة، وهى تقوم على منع الضرر، لأن الضرر ظلم يجب دفعه، ومن هذا الأصل تفرعت قواعد أساسية فى الشريعة الإسلامية كانت مصدراً لكثير من الأحكام. وتستند هذه القواعد إلى مبدأ أساسى وهو أن الشريعة لا يجوز أن ينشأ من تطبيقها ضرر عام أو خاص ومن هنا أمكن استخلاص نظريات عامة فى الفقه الإسلامى كنظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الميسرة ونظرية الضرورة، والتطبيقات العملية لهذه النظريات تقوم على مبدأ العدالة. دكتور/ عباس العبودى: تاريخ القانون، طبعة ١٩٨٨، ص٧١ .

(٢) دكتور/ صوفي أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون ، ص٣٥٦ .

ولكن يجب أن نلاحظ أن هناك فارقاً هاماً بين أثر العدالة فى الفقه الإسلامى، وأثرها فى كل من القانونين الإنجليزى والرومانى. فالعدالة - وقد ظهرت فى صورة الرأى فى الفقه الإسلامى - كانت معاصرة فى نشأتها لنشأة الفقه الإسلامى، فهى قد عملت جنباً إلي جنب مع الكتاب والسنة، ولذلك جاءت أحكامه متجانسة منذ البداية، أما فى القانونين الإنجليزى والرومانى فقد ظهرت فى عهد لاحق - بسبب ضيق النصوص الموجودة - وكونت قانوناً مستقلاً انتهى به الأمر إلي الاندماج فى القانون القديم. يضاف إلى ذلك أن الرومان كانوا يستقون أحكام العدالة من تلك الفكرة الفلسفية التى ورثوها عن الإغريق، فكرة القانون الطبيعى، وأن الإنجليز كانوا يستمدونها مما أسموه «ضمير الملك»، أما فى الفقه الإسلامى فقد كان مصدر العدالة هو ما يرشد إليه العقل والذوق السليم، وهو ما اصطلح على تسميته باسم «الرأى».

مايراه القلب بعـد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجـه الصواب مما تتعارض فـيه الأمارات. فالرأى يكاد يترادف مع مفهوم العدالة باعتبارها إعمال العقل فى تحرى الصواب لتحقيق المصلحة النافـعة ورفع المشقة التى هى مقصد الشرع وغايته(١).

وقد قسم الفقهاء الرأى إلى ثلاثة أقسام:

١- الحكم من غـيـر دليل شـرعى مقـبـول. والرأى فى هذه الصـورة بمعنى اتباع الهوى، والإجماع منعقد على أن الرأى فى هذه الحالة لا يعتد به ولا يمكن من ثم تأسيس الأحكام الفقهية عليه.

٢- الرأى بمعنى الاجتـهاد. والاجتـهاد يقصد بـه محاولة استـخراج الأحكام الشرعية من الكتاب والسنة، وهو لا يتأتى إلا لمن ملك ناصية اللغة وتمكن من معرفة الأحكام الشرعيـة، فوقف على روح التشريع وفهم غاياته ومقـاصده. والرأى بـهذا المعنى يسـمى «فقـه الكتاب والسنة»، لأنه يشـمل الاجتهاد فى تطبيق أحكام القرآن والسنة.

٣- الرأى بمعنى الأدلة الشرعية العقلية التى تبنى عليها الأحكام. مثل القـياس والاسـتـحسـان والمصـالح المرسلة والعـرف. وهذا هو الاجـتـهـاد بالرأى(٢).

---

(١) دكتـور/ طه عوض غازى: فلسـفة وتاريخ النظم القانونيـة والاجتمـاعية «نشـأة القانون وتطوره»، ص٢٣٣ .

(٢) دكتور/ عبد المنعم درويش: مقدمة فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٧٤ .

أولاً: تاريخ الرأى فى التشريع الإسلامى[١]:

ظهر الرأى كمصدر من مصادر التشريع الإسلامى بعد وفاة الرسول ﷺ مباشرة، بل إنه وجد فى عهده إذ كان يجتهد ويستشير الصحابة فى الحالات التى ليس فيها نص فى الكتاب، وكان يوصى ولاته بالاجتهاد فى مثل تلك الحالات[٢].

ففى عهد الرسول ﷺ كانت السلطة التشريعية مركزة فى يده، وكانت مصادر التشريع محصورة فى مصدر واحد هو العناية الإلهية سواء ظهرت بطريق مباشر (القرآن) أم بطريق غير مباشر (السنة). والقرآن والسنة لم يصنعا تقنيناً شاملاً لكل المسائل القانونية، بل اقتصرا على بعض القواعد والمبادئ القانونية التى صدر معظمها بمناسبة حالات وقعت فى عهد الرسول ﷺ ، وهذه القواعد جاءت فى صورة قواعد عامة كلية.

وقد حدث تطور كبير بعد وفاة الرسول ﷺ ، فهناك كثير من البلاد - ذات الثقافات العريقة والعادات المختلفة عن عادات الجزيرة العربية- خضعت لحكم المسلمين، وترتب على ذلك ضرورة البحث عن حكم قانونى للمسائل التى تثور فى هذه البلاد الجديدة، وظهرت فى نفس الوقت حاجة المسلمين - بعد وفاة الرسول ﷺ - إلى من يرشدهم إلي القواعد القانونية الواجبة التطبيق فيما يثور بينهم من منازعات، ومن أجل ذلك ظهر

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٣٥٨ - ٣٦٢.

(٢) من ذلك أن الرسول ﷺ حينما أرسل «معاذ بن جبل» إلى اليمين سأله: «بم تقضى؟»، قال: بكتاب الله «فقال له: فإن لم تجد؟»، قال: بسنة رسوله. «فقال له: فإن لم تجد؟»، قال أجتهد رأى ولا آلو (أى لا أقصر).

مصدر جديد من مصادر التشريع يطلق عليه اسم «الرأى» أو «الاجتهاد». وانتقلت السلطة التشريعية إلى أيدى نفر من المسلمين يقومون بمهمة إفتاء الناس فيما يثور بينهم من منازعات ووضع القواعد القانونية الملائمة، ويطلق على هؤلاء الفقهاء صفة «المجتهدين»، وقد اضطلع بتلك المهمة الصحابة والتابعون ثم من بعدهم الفقهاء أئمة المذاهب الكبرى المعروفة[١].

وكان الصحابة والتابعون يعتمدون - فى الأحكام التى يبنونها على الرأى (وكانوا لا يلجأون إليه إلا فى حالة خلو القرآن أو السنة من حكم للمسألة المعروضة) - على وجدانهم واطمئنان قلوبهم فى فهم النصوص وعلل الأحكام ومراعاة مصالح الناس دون التقيد بمراعاة قواعد معينة فى طريقة الاستدلال. وبما أن الرأى يستند على النظر والفهم، فمن الطبيعى أن تختلف وجهات النظر، ومن ثم اختلفت آراء بعض الصحابة فى بعض المسائل، يضاف إلى ذلك إحجام بعضهم عن الإفتاء فى حالة خلو القرآن أو السنة من حكم للحالة المعروضة عليهم. ومن هنا بدأت بوادر الانقسام إلى فريقين: فريق يأخذ بظواهر النصوص دون بحث فى عللها ويحجم عن الإفتاء بالرأى، وفريق يبحث فى علل النصوص فيتعرف على المصلحة منها ولا يمتنع عن الإفتاء برأيه إذا لم يجد حكماً فى النصوص. ويطلق على الفريق الأول «أهل الحديث» وكان أكثرهم بالحجاز، ويطلق على الفريق الثانى «أهل الرأى» وكان أكثرهم بالعراق. واستمر الحال كذلك حتى نهاية

(١) الشيخ / عبد الوهاب خلاف: السلطات الثلاث فى الاسلام، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، ١٩٣٦، ص٤٤١ .

القرن الثانى للهجرة[(١)].

وخلال القـرن الثانى للهجرة بـدأ اتجاه لدى فقهـاء الرأى يهدف إلى وضع ضـوابط يلتزم بهـا الفقـيه فى الاسـتنباط بالرأى ، وبذلك أصـبح من اللازم أن يبين الفقـيه الأصل الذى بنى عليه اجتـهاده بالرأى. وأخذت هذه الأصول الجديدة تأخذ أسـماء محددة مثل القياس، والاستـحسان، المصالح المرسلة، العرف.. إلخ.

وفي أواخر القرن الثـانى الهجرى بدأت حركة علميـة واسعة لتدوين السنة والآثار الفقهـية، وكان من أهم آثار تلك الحركة أن تقـاربت وجهات النظر بين مـدرسة الرأى ومدرسـة الحديث . فـبدأ زعمـاء مدرسـة الحديث يأخذون بقـدر معـقول من الرأى، وبدأ فـقهاء الرأى يعـدلون عن الرأى إذا ثبت لديهم أثر من الثار. وظهر أثر هذا التقارب فـى فقه المدارس الإسلامية الأربع المشهـورة، فقد أخذ كل منهـا بقدر - غير يسـير - من الرأى. ولكن الفارق يـظهر بينهـا من حيث الإكـثار أو الإقلال فـى الاعتمـاد على الرأى بتطبيقاته المتعددة (القياس ، الاستحسان...إلخ). ويمكن ترتيب المدارس من حيـث الأخذ بالرأى على الوجـه الآتى: تعتبر المدرسـة الحنفيـة على رأس

= وقد عبر العلامة «أبو الفتح الشهر ستانى» عن وجوب الاجتهاد بقوله : «نعلم قطعاً ويقيناً أن الحوادث والوقائع فى المعـاملات والتصرفات مما لا يقبل الحصـر والعد، ونعلم قطعاً أيضاً أنه لم يرد فى كل حادثة نص، ولا يتصور ذلك أيضاً. والنصوص **إذا كانت** متناهية والوقـائع غيـر مـتناهيـة، وما لا يتناهى لا يضـبطه مـا يتناهى، **علم قطعـاً أن الاجـتهـاد** والقياس واجب الاعتبار، حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد». **موسوعة الملل والنحل**. مؤسسة ناصر للثقافة، بيروت ١٩٨١، ص٨٦ .

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٣٥٩ .

المدارس التي تأخذ بالرأى، وتليها مدرسة الشافعية، ثم المالكية، ثم الحنابلة، ثم تأتى مدرسة أهل الظاهر في آخر تلك القائمة لأنها لا تستعمل الرأى إلا اضطرارا(٢).

واختلاف الفقهاء المسلمين حول مدى الأخذ بالرأى، يرجع إلى اختلافهم حول تفهم المقاصد والأغراض التى شرعت من أجلها الأحكام الشرعية. فهل شرعت الأحكام الشرعية لمقاصد وأغراض معينة، ومن ثم ارتبطت بأوصاف وعلل تقتضيها طردياً وعكسياً أم لا؟. ذهب فريق من الفقهاء (وعلى رأسهم المعتزلة) إلى القول بأن كل الأحكام الشرعية شرعت لتحقيق مصالح معينة أو لدرء مفاسد معروفة ولذلك ارتبطت تلك الأحكام بعلل وأوصاف معينة، وترتب على ذلك القول بأن الأحكام الشرعية معقولة المعنى، يعنى لها أصول وقواعد وعلل يكشف عنها العقل الإنسانى ومن ثم يجوز إعمال العقل أو الرأى للوصول إلي تلك الأحكام. أما الفريق الثانى فيرى أن الأحكام لم تشرع لتحقيق مصالح معينة وليست مرتبطة بعلل وأوصاف خاصة بل مرتبطة بإرادة الشارع وحده - العارية عن حكمة أو مصلحة ملحوظة فى التشريع - ومن ثم لا يجوز إعمال العقل أو الرأى للكشف عن علل الأحكام والمصالح التى صدرت لتحقيقها أى يجب الوقوف عند حرفية النصوص، وهذا معناه أن الأحكام الشرعية تعبدية محضة لا مجال فيها للنظر، ونجد أهل الظاهر على رأس هذا الفريق الأخير من الفقهاء. وهناك فريق ثالث من الفقهاء - وهم الغالبية العظمى - توسط بين الرأيين السابقين وقال بوجود نوعين من الأحكام، أحكام

---

(١) الأستاذ/ أحمد أمين: ضحى الإسلام، الجزء الثانى، الطبعة الثالثة، ص١٥٦ .

العبادات وهى بطبيعتها لا تعلل أصلاً وليس فيها مجال للنظر، وأحكام المعاملات وقد شرعت لتحقيق مصالح الناس ولكل حكم علة يدور معها وجوداً وعدماً، ولذلك يجوز إعمال الرأى فى المعاملات(١).

وهكذا ظهر الرأى «فكرة العدالة» فى الشريعة الإسلامية بعد اتساع رقعة الدولة وتغير الأحوال الاجتماعية(٢)، وظهور حالات جديدة لم يرد

---

(١) مع ملاحظة اختلاف المدارس الفقهية من حيث الإكثار أو الإقلال فى الاعتماد على الرأى. دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٣٦٢ .

(٢) ويرى الأستاذ الدكتور/ عبد الناصر توفيق العطار، أن هناك فارقاً بين الرأى فى الفقه الإسلامى والعدالة فى فقه القانون، حيث أورد سيادته ما نصه: «على أننا نلاحظ أن هناك فارقاً هاماً بين الرأى فى الفقه الإسلامى والعدالة فى فقه القانون، ذلك أن الرأى فى الفقه الإسلامى ليس مجرد ما يرشد إليه العقل والذوق لسليم، بل هو ما يرشد إليه العقل والذوق السليم فى ضوء قواعد مضبوطة للاستنباط هى قواعد أصول الفقه. فالفقيه المسلم والقاضى المسلم لا يقبل رأيه لمجرد أنه يتفق مع العدالة إلا إذا استند إلى دليل من الأدلة الشرعية المعروفة فى علم أصول الفقه. ولا يعنى هذا أن الرأى أو الاجتهاد فى الشريعة الإسلامية قد يخلو من العدالة، فمما لا شك فيه أن قواعد الشريعة الإسلامية - عند من يحللها ويسبر غورها ويعرف مداها - إنما هى قواعد عادلة، وهى قواعد مرنة فى نفس الوقت. إنما نقصد بما ذكرناه: أن العدالة وحدها لم تكن وسيلة لتطوير الشريعة الإسلامية، وأن الرأى أو الاجتهاد لايعنى العدالة فحسب، بل يعنى العدالة فى إطار قواعد مضبوطة هى قواعد أصول الفقه إذا أردنا أن نستعمل كلمة العدالة، وإن كانت فكرة العدالة مفهومة ضمناً عند من يعرف أحكام الشريعة الإسلامية، فقواعد القياس والمصالح المرسلة والاستصحاب وغير ذلك من الأدلة الشرعية إنما هى قواعد تهدف إلي تحقيق العدالة على أساس منضبط لا أثر للهوى فيه.

والأصح - عندى - أن يقال: إن الشريعة الإسلامية تطورت عن طريق الاجتهاد بقواعده المرسومة فيه، لا أن يقال إنها تطورت بوسيلة العدالة. فالشريعة الإسلامية لها =

عنها نص فى الكتاب أو السنة، وتمكن المجتهدون والفقهاء فى خلال عصور الشريعة الإسلامية، بفضل نشاطهم الفقهى، من مواجهة الحاجات الجديدة التى نشأت عن تنوع المعاملات والعلاقات بين الأفراد، إذ أفضى هذا النشاط إلى تعديل القواعد الشرعية، إما بتوسيع نطاقها أو بتخصيص حكمها أو بإضافة مبادئ جديدة إليها، تبعاً لتطور المجتمع ولشعور العدالة فى النفس. وكان الفقهاء يسترشدون فى ذلك بروح التشريع الإسلامى والمبادئ الإسلامية المقررة فى الكتاب والسنة(١).

ثانياً: صور الرأى كمصدر من مصادر الشريعة الإسلامية(٢):

ظهر الاجتهاد بالرأى أولاً فى صورة القياس، فإن كان فى موضع إجماع من الفقهاء سمى إجماعاً، فإن كان أساسه دفع الحرج والتوسعة سمى استحساناً، كذلك اتخذ الرأي صورة أخرى هى المصالح المرسلة أى التى لم يشهد لها نص بالاعتبار أو عدمه، وأخيراً اتخذ صورة العرف وهو ما جرى الناس عليه فى سلوكهم ومعاملاتهم.

= منهجها ولها صياغتها، وتطور الشريعة الإسلامية بالاجتهاد لا يعنى أنها تطورت عن طريق العدالة بطريقتها المعروفة فى فقه القانون، لأن للاجتهاد فى الشريعة الإسلامية معنى أوسع وأدق وأضبط من معنى العدالة فى فقه القانون». انظر مؤلف سيادته : الوجيز فى تاريخ القانون، ص١٩٦ .

وانظر في أثر الفلسفة الإغريقية على فلاسفة الإسلام فى خصوص فكرة العدالة، دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة العدالة عند الإغريق وأثرها على فقهاء الرومان وفلاسفة الإسلام، ص١٢٤ - ١٦٧ .

(١) دكتور/ عمر ممدوح مصطفى: أصول تاريخ القانون، ص١٠٦.

(٢) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص٣٣٧ - ٣٣٩ .

فالإجماع هو اتفاق جميع المجتهدين فى عصر من العصور بعد وفاة الرسول ﷺ على حكم شرعى. ومن أمثلة الأحكام التى بنيت على الإجماع، توريث الجدة سدس التركة ، وتحريم الزواج بالجدة، ومسألة الخلافة بعد وفاة الرسول ﷺ .

والقياس هو إلحاق واقعة غير منصوص علي حكمها بواقعة أخري منصوص على حكمها لتساويهما فى العلة التى بنى عليها الحكم. ومن أمثلة الأحكام التى بنيت على القياس، قياس النبيذ على الخمر فى الحرمة لاشتراكهما فى علة واحدة وهى الإسكار، وحرمان الموصى له من الوصية إذا قتل الموصى قياساً على حرمان القاتل من الميراث.

والاستحسان هو العدول بمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجود وجه أقوى يقتضى هذا العدول. فهنا نكون أمام دليلين أحدهما ظاهر وثانيهما خفى، ولكن يؤخذ بالدليل الخفى لرجحانه وتحقيقه مصالح الناس، فالاستحسان بمثابة أسلوب فقهى للخروج من الحرج الذى يؤدى إليه تطبيق القواعد العامة. ومن أمثلة الأحكام التى بنيت على الاستحسان، جواز عقد الاستصناع والسلم خروجاً على المبدأ القاضى بحرمة بيع المعدوم.

والمصلحة المرسلة هى التى لم يدل نص على اعتبارها أو إلغائها، ولا شك أن هذا المصدر يعتبر من أهم تطبيقات العدالة، فعن طريق العقل وبمراعاة المصلحة العامة يمكن وزن مصالح الناس ووضع القواعد المناسبة لها(١). وقد طبق الفقهاء مبدأ المصلحة المرسلة فى كثير من الأحكام منها،

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٣٦٣ .

إعطاء ولى الأمر الحق فى الاستيلاء على أموال الأغنياء وقت الأزمات، وكذلك حق ولى الأمر فى تحديد أسعار بعض السلع، وجمع الصحف التى كتب عليها القرآن فى مصحف واحد خوفاً عليه من الضياع، وإيقاف حد السرقة فى عام المجاعة لاقتضاء المصلحة ذلك، والحكم بقتل الجماعة إذا اشتركوا فى قتل الواحد حيث تقتضى المصلحة ذلك لأنه لو قيل بإهدار دمه إذا قتله جماعة فإن هذا يؤدى إلى منع القصاص إذ يكفى لعدم القصاص أن يشترك إثنان فى القتل، وكذلك الحكم بتضمين الصناع لما فى أيديهم مع أن الأصل أن ما فى أيديهم أمانة وذلك لأن عدم تضمين هؤلاء الصناع لما تحت أيديهم دافع للاستهانة به وفى هذا ضياع لمصالح العباد.

أما العرف فيقصد به ما تعارف عليه الناس وساروا عليه فى معاملاتهم. ومن أمثلة الأحكام التى تبنى على العرف: تحديد العيب الذى يلحق الشئ المبيع ويعد مبرراً لفسخ عقد البيع يرجع فيه للعرف ، تعارف الناس على البيع بالتعاطى فى بعض الأشياء دون التلفظ بإيجاب وقبول، وكذلك تعارفهم على تعجيل الأجرة قبل استيفاء المنفعة المعقود عليها[1].

وبذلك أقيمت مصادر التشريع على أسس حكيمة متضافرة فى الهدف يتقدمها القرآن والسنة، وتستوعبها عقول راجحة تستهدى بروحهما فيما تجتهد فيه . ومن أجل ذلك كانت الشريعة الإسلامية تحمل فى ذاتها مقومات تطورها، وقد استطاعت أن تجعل من الاجتهاد بالرأى فى صوره المختلفة أداة مرنة طيعة تؤدى إلى تحقيق العدالة وتتميز بتحكيم العقل[2].

---

(١) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص٣٣٩ .

(٢) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص٣٣٦ .

ثالثاً: أثر الرأى فى بناء الأحكام الفقهية:

استعان الفقهاء بالرأى - فى صوره المختلفة - لاستنباط الأحكام الملائمة للمسائل التى جدت فى المجتمع الإسلامى، نظراً لاتساع رقعة الدولة الإسلامية ولتغير ظروف المجتمع ، ولم يكن لها حكم قطعى فى الأدلة النقلية. وظهر أثر ذلك فى سائر فروع القانون، ومن أمثلة ذلك:

١- فى نطاق القانون العام: لم تتعرض نصوص القرآن ولا السنة لمسألة تولي الأمر بين المسلمين بعد وفاة الرسول ﷺ، لذلك استعان الصحابة بعد وفاته بالرأى لوضع الأسس اللازمة لاختيار الإمام، وقد أجمع الصحابة على تلك الأسس، ولذلك اعتبر الإجماع مصدر نظرية الإمامة. واستعملوا الرأى كذلك لاستنباط حكم خاص بالمسلمين الذين امتنعوا عن أداء الزكاة فى عهد أبى بكر. والمصلحة العامة هى التى دفعت الفقهاء إلى إعطاء ولي الأمر الحق فى الاستيلاء على أموال الأغنياء - فى أوقات الأزمات - لمواجهة نفقات الدولة[١].

٢- فى نطاق القانون الجنائى: لا يوجد فى الكتاب ولا فى السنة نص خاص بعدد الجلدات التى توقع على شارب الخمر، وقد اتفق الصحابة على توقيع عقوبة مقدارها ثمانون جلدة على شارب الخمر، وهذه العقوبة تقررت بناء على الرأى[٢]. وعلى أساس الرأي أيضاً تقرر - منذ عهد

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٦٩ .

(٢) حرص الشارع الإسلامى على سلامة الجسم والعقل الذى هو مناط التكليف ومرجع المسئولية ، وانطلاقاً من ذلك فقد حرمت الشريعة الإسلامية الخمر نظراً لما تؤدى إليه من فقدان العقل للشعور الأمر الذى ييسر للشخص ارتكاب الجرائم والإضرار بالمسلمين =

الخليفة عمر بن الخطاب - قتل الجماعة بالواحد إذا اشتركوا فى قتله. وهو نفس الأساس الذى قامت عليه فكرة التعزير فى الفقه الإسلامى بالنسبة للجرائم التى لم يرد عنها نص لا فى الكتاب ولا فى السنة[١].

٣- فى نطاق القانون الخاص: لم يرد نص لا فى الكتاب ولا فى السنة بشأن ميراث الجد مع الإخوة، ولذلك اختلف الرأى حول نصيب الجد مع الإخوة فى تركة حفيده. فذهب البعض (أبو بكر ، وقد أخذ أبو حنيفة برأيه) إلى أنه مثل الأب يحجب الإخوة، أى يستحق التركة دونهم، بينما ذهب آخرون (على وزيد بن ثابت، وقد أخذ برأيهما الشافعية

= فضلاً عن الأضرار الأخرى التى تصيب الشخص فى ماله وبدنه. وقد حددت السنة النبوية الشريفة حد شارب الخمر نظراً لعدم تحديد القرآن الكريم لهذا الحد، والحد هنا هو «الجلد» لقوله صلى الله عليه وسلم: «من شرب الخمر فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه»، كما حددت السنة حداً أقصى لهذه العقوبة، حيث يروى أن الرسول ﷺ لم يزد عن أربعين جلدة، وقد سار الأمر على ذلك فى عهد الخليفة أبى بكر الصديق، وفى عهد الخليفة عمر أصبحت عقوبة شارب الخمر فى حدها الأقصى - أربعون جلده - غير رادعة، مما دعا الخليفة عمر بن الخطاب إلى مشاورة عدد من الصحابة، فأفتاه على بن أبى طالب أن يوقع على شارب الخمر عقوبة «القذف» وهو ثمانون جلدة، «على أساس أن الرجل إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى»، ولهذا أوجب عليه حد المفترى وهو القاذف. وفى عهد الخليفة عثمان بن عفان كانت عقوبة شارب الخمر أربعون جلدة، تزاد إلى ثمانين فى حالة العود. وقد أخذ بعض الفقهاء بالإجماع وجعل عقوبة شارب الخمر ثمانين جلدة، ومنهم من أخذ بالسنة وهى أربعين جلدة . ويرى ابن قدامة أن فعل النبى حجة ولا يجوز الإجماع على ما خالف فعل النبى، ولذلك فهو يرى أن الزيادة تعزيز متروك للإمام. انظر مؤلفنا: فلسفة نظم القانون المصرى، الجزء الثالث، العصر الإسلامى، الطبعة الأولى ٢٠٠٢، ص١٦٨ وما بعدها.

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٣٦٤.

والمالكية والحنابلة) إلى أن الإخوة يقاسمون الجد فى التركة ويعتبر الجد كأحد الذكور بحيث لا يقل نصيبه عن السدس[١].

رابعاً: أثر الرأى فى تفسير النصوص التشريعية:

لم يقتصر أثر الرأى فى الفقه الإسلامى على كونه مصدراً للأحكام الفقهية ولا علي كونه أساساً تقام عليه المبادئ والقواعد القانونية، بل استعمل الفقهاء الرأى فى فهم النصوص بغية الوقوف على علل الأحكام ومن ثم تحديد مجال تطبيقها[٢]. وكان من أثر ذلك أنهم تطلبوا - فى تفسير النصوص - الأخذ بروح النص لا بحرفيته ومراعاة مصالح الناس وتحقيق العدالة بينهم. وظهر أثر ذلك فى سائر فروع القانون، ومن أمثلة ذلك:

١- فى نطاق القانون العام: قام الخليفة عمر بن الخطاب بمراعاة اعتبارات العدالة فى تفسير وتطبيق النصوص المتعلقة بالغنائم، فقد راعى مصلحة المجتمع الإسلامى بأن قرر ترك الأرض التى فتحها الجنود المسلمون فى أيدى أصحابها وفرض عليهم الخراج ولم يقم بتوزيعها على المسلمين الفاتحين[٣]. كذلك قام الخليفة عمر بن الخطاب بتفسير قوله تعالى «إنما

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٧٠ . وقد أخذ قانون الميراث المصرى فى المادة ٢٢ بالرأى الأخير .

(٢) هذا هو السبب فى نشأة علم «أصول الفقه» عند الشرعيين، فالغالبية العظمى من الفقهاء ذهبوا إلي أن الأحكام الشرعية صدرت لتحقيق مصالح الناس أو لدرء المفاسد عن المجتمع، ولذلك ربطوا الحكم بعلته بحيث يدور معها وجوداً وعدماً.

(٣) هناك فرق بين الأراضى التى تفتح صلحاً وتلك التى تفتح عنوة. أما الأراضى التى تفتح صلحاً بدون قتال وبمقتضى عهد فيتفق أهلها مع الفاتحين على مقدار الجزية والخراج =

= الذى يؤخذ منهم دون أن يمس الفاتحون الأرض أو يأخذوها عنوة وقهراً. أما الأرض التى تفتح عنوة فتكون فى حكم الغنيمة، وتقسم بين الفاتحين طبقاً للآية رقم ٤١ من سورة الأنفال «واعلموا أنما غنمتم من شئ فإن لله خمسه وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل». ويشير الفقهاء المسلمون بأن الخمس الذى لله عز وجل مردود من الله تعالى على الذين سمى الله (الرسول ولذى القبى واليتامى والمساكين وابن السبيل) ولا يوضع فى غيرهم ويوزع الرسول أو الإمام ذلك بين من يحضر من هؤلاء بعد أن يجتهد ويتحرى العدل، أما الأربعة أخماس فيقسمها الإمام بين المسلمين الغانمين الفاتحين. دكتوره/ سيدة اسماعيل كاشف: مصر فى عصر الولاة «من الفتح الإسلامى إلى قيام الدولة الطولونية»، طبعة ١٩٨٨، الناشر الهيئة المصرية العامة للكتاب، ص٣٢ - ٣٣.

وقد واجهت المسلمين مشكلة مصير أراضى البلاد المفتوحة عنوة، هل تكون غنيمة للمسلمين وتطبق فى شأنها الأحكام التى وردت فى آية الغنيمة، أم تكون فيئاً وتطبق بالنسبة لها الأحكام والواردة فى آيات الفئ؟. وأصحاب الرأى الأول تمسكوا بأحكام آية الغنيمة، وقد نزلت فى السنة الثانية للهجرة حينما غنم المسلمون أموال بنى قينقاع اليهود - ولم تكن لهم أراضى بل كانت كلها أموال منقولة - بعد أن نقضوا عهدهم مع المسلمين فأجلاهم الرسول عن المدينة. وطبق هذا المبدأ على حصون خيبر التى استولى عليها المسلمون عنوة فى السنة الرابعة من الهجرة. أما أنصار الرأى الثانى وعلى رأسهم الخليفة عمر فذهبوا إلى عدم تقسيم الأراضى المفتوحة وتركها فى أيدى أهلها على أن يؤدوا عنها خراجاً لبيت مال المسلمين ينفق فى المصالح العامة، واعتمدوا فى ذلك على تفسير آيات الفئ (صورة الحشر٦:١٠) التى نزلت فى السنة الرابعة للهجرة فى شأن بنى النضير الذين غدروا بوعدهم مع المسلمين وتحالفوا مع قريش وتنادوا بالحرب، وبعد حصارهم خمس عشرة ليلة طلبوا الصلح وتركوا أرضهم إلى الشام وغيرها. فقسم الرسول ﷺ ما سوى الأرضين من أموالهم بين المهاجرين، وحبس الأرض على نفسه وعلى صالح المسلمين.

وقد استند الخليفة عمر ومن معه فى الرأي إلى تفسير آيات سورة الحشر سالفة الذكر =

الصداقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم...»[١]. وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف، فقد فسره وفقاً للمصحلة التى لأجلها كان النص القرآنى، إذ رأى أن الحكمة التى أدت إلي تقرير الحكم الشرعي الذى يتضمنه هذا النص وهو إعطاء المؤلفة قلوبهم نصيباً من الزكاة قد زالت بسبب عزة الإسلام وعدم حاجته إلى من تتألف قلوبهم، ومن ثم منع سهم المؤلفة قلوبهم وامتنع عن دفع جزء من الزكاة لهم، ووافقه على ذلك بقية الصحابة[٢].

٢- فى نطاق القانون الجنائى: ظهر أثر الرأى فى تفسير نصوص القانون الجنائى. فانتفاء علة حكم السرقة فى عام المجاعة هو الذى دفع إلى إسقاط الحد عن السارق[٣]. ونفس الفكرة نجدها فى تعميم الحكم الوارد

= التى عددت الذين يستفيدن من الفئ، ومنهم المهاجرون والأنصار والأجيال القادمة التى عبرت عنها الآية العاشرة بقولها «والذين جاءوا من بعدهم» . وبعد مشاورات طويلة انتهى الرأى إلى قبول تفسير عمر بعدم قسمة الأراضى المفتوحة بل تظل فيئاً موقوفاً، أى ملكاً عاماً للأمة الإسلامية، وتظل فى أيدى أصحابها، ويفرض عليها خراج ينفق فى المصالح العامة للأمة. وقد طبق هذا الرأى بالنسبة لكل الأراضى التى فتحها المسلمون بعد أرض العراق ومنها مصر . دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ القانون فى مصر، الجزء الثانى، العصر الإسلامى، الطبعة الأولى ١٩٩٢ ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى، ص١١٦ - ١١٧ .

(١) سورة التوبة ، الآية رقم (٦).

(٢) دكتور/ محمد جمال عيسى: تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، ص١١١ .

(٣) تقضى القاعدة الشرعية بقطع يد السارق (سورة المائدة الآية رقم ٣٨). ولكن قد تحدث أزمة اقتصادية تضطر الإنسان إلى سرقة مال الغير لكى يسد رمقة، فهل تطبق عقوبة السرقة رغم أن الحاجة هى التى دفعت الشخص إلى السرقة؟. فهم عمر بن الخطاب =

فى السنة الخاص بعدم إقامة حد السرقة على المسلمين فى دار الحرب، فعلة هذا الحكم هى دفع ما يلحق المسلمين من ضرر (أن يلحق الشخص بالكفار، أو يطمع العدو فى المسلمين) إذا أقاموا حد السرقة فى دار الحرب، هذه العلة تتوافر فى سائر الحدود، ومن ثم وجب تعطيل كل الحدود فى دار الحرب[(١)].

٣- فى نطاق القانون الخاص: هناك كثير من النصوص المتعلقة بالقانون الخاص قد فسرت بما يحقق المصلحة العامة وإقامة العدل. من ذلك النص الوارد فى السنة والذى يقضى بأنه «لا ضمان على مؤتمن» بتطبيق هذا النص على الصناع فإنهم يعتبرون مودع لديهم، ومن ثم مؤتمنين على ما فى أيديهم، أى لا يضمنون إلا إذا ثبت تعديهم، وهذا كفيل بدفعهم إلى الاستهانة فى المحافظة على أموال الناس التى فى أيديهم، لذلك ذهب الفقهاء - بدافع المحافظة على مصلحة الناس - إلى تضمينهم ما فى أيديهم. وقد استعان الفقهاء بالرأى لتحقيق العدالة فى بعض المسائل المتعلقة بنظام الإرث، من ذلك إرث الإخوة الأشقاء مع الإخوة لأم وهى المسألة المعروفة باسم «المسألة المشتركة» فتطبيق القواعد العامة فى هذا

= من تشريع قطع يد السارق أنها «عقوبة رادعة لمن يرتكب هذه الجريمة من غير حاجة إلى الاعتداء على مال الغير» ومعنى ذلك أن حكم السرقة يدور مع العلة التى اقتضته وجوداً وعدماً، فإذا انعدمت العلة امتنع تطبيق الحكم. وعلة عقوبة السرقة هى الإثراء على حساب الغير دون حاجة ملحة إلى ذلك، فإذا سرق شخص بدافع الجوع والحرمان لا تنطبق عليه عقوبة السرقة، وتطبيقاً لذلك لم يقطع عمر يد السارق فى عام المجاعة. دكتور/ محمد يوسف موسى: فقه الصحابة والتابعين، ص٧٠ .

(١) دكتور/ صوفي أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٧١ .

الصدد يؤدى إلى أن يأخذ الإخوة الأشقاء ميراثهم بالتعصيب، وفى بعض الحالات قد لا يبقى لهم شئ يأخذونه بهذا الوجه، بينما يأخذ الإخوة لأم الثلث، أخذ فريق من الفقهاء بمنطق القواعد العامة بينما ذهب فريق آخر إلي تغليب العدالة فأشرك الإخوة الأشقاء مع الإخوة لأم فى الثلث باعتبار أن الجميع يشتركون فى الإدلاء إلى المتوفى بالأم(١).

وعلى هذا فإن الرأى - أى إعمال العقل للتوصل إلي أحكام جديدة أو تعديل أحكام سابقة - يعتبر أسلوب عقلى يؤدى إلى إعلاء اعتبارات العدالة وإعمال روح النصوص وتحقيق مقاصد التشريع، وبالتالى كان وسيلة فذة من وسائل الصنعة الفقهية الإسلامية أدى إلى تطور الفقه الإسلامى وبسط نطاق أحكام الشريعة الإسلامية وقواعدها الكلية بحيث أصبحت قادرة على أن تستوعب كل ما من شأنه أن يجد من وقائع لم يرد بشأنها نص خاص، وذلك عن طريق فهم النصوص وإدراك عللها وربطها بمصالح الناس(٢).

---

(١) من تطبيقات ذلك إمرأة توفيت عن زوج، وأم، وإخوة أو أخوات لأم، وإخوة أشقاء. فالتركة تقسم على الوجه الآتى: يأخذ الزوج النصف وتأخذ الأم السدس ويأخذ الإخوة لأم الثلث، وبذلك لا يتبقى شئ للإخوة الأشقاء.

وقد عرضت مثل هذه الحالة على الخليفة عمر بن الخطاب فقضى بتقسيم التركة على الوجه السالف الذكر، فقال له الإخوة الأشقاء: «هب أبانا كان حجراً ملقى فى اليم أليست أمنا واحدة؟» ، فعدل عمر عن رأيه وأشرك الإخوة الأشقاء مع الإخوة لأم فى الثلث، وهذا الحكم الأخير هو ما أخذ به قانون الميراث فى مصر (م١٠). دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٣٦٦.

(٢) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره» ، ص٣٣٩ .

المطلب الخامس

دور العدالة فى تطور القانون الحديث

ارتبطت العدالة بفكرة القانون الطبيعى، وقد بدأت هذه الفكرة الأخيرة لدى الإغريق كمذهب فلسفى مثالى ثم أضفى عليها طابعاً عملياً. ثم تعرضت هذه الفكرة لكثير من التطورات حيث تقاذفتها الغايات المختلفة والفلسفات المتباينة لتتحول إلى فكرة ذات مدلول دينى ثم مدلول سياسى وأخيراً فكرة قانونية، وانتهى الأمر بها إلى أن أصبحت مجرد «موجه مثالى» للمشرع والقاضى فى القوانين الحديثة[١]. وقد أحدثت هذه الفكرة تطوراً كبيراً فى النظم القانونية الحديثة، وبصفة خاصة فى نطاق القانون العام.

فكرة القانون الطبيعى فى العصور الوسطى:

بالرغم من أن فكرة القانون الطبيعى من نتاج الحضارة الكلاسيكية(الإغريقية، الرومانية)، فإن هذه الفكرة لم تندثر بإهمال تلك الحضارة الكلاسيكية وتناسيها طيلة العصور الوسطى[٢]، بل استمرت قائمة وإن كانت قد اتخذت طابعاً جديداً علي يد رجال الكنيسة ، حيث تأثرت - مثلها فى ذلك مثل غيرها من الأفكار - بتعاليم المسيحية[٣].

---

(١) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره» ، ص٣٤٠ .

(٢) تبدأ العصور الوسطى منذ أواخر القرن الخامس الميلادى وتنتهى بسقوط القسطنطينية فى أيدى الأتراك فى منتصف القرن الخامس عشر.

(٣) دكتور/ صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٧٢ .

وقد اصطبغت فكرة القانون الطبيعى فى العصور الوسطى بصبغة دينية، حيث تطورت هذه الفكرة فى كنف الكنيسة المسيحية حتى صار القانون الطبيعى هو ذلك القانون الإلهى الذى يسمو على القانون الوضعى. وهو وإن كان كما عرفه اليونان والرومان قانوناً خالداً ثابتاً لا يتغير، إلا أن الله هو الذى يلهمه باعتبار أن الله هو خالق الطبيعة. وقد أرادت الكنيسة بتحويل فكرة القانون الطبيعى إلى فكرة دينية أن تمكن لسلطان البابا على حساب سلطان الملوك، أى أن تمكن للسلطة الروحية من السلطة الزمنية فتخضع سلطان الدولة لسلطان الكنيسة.

غير أن القانون الطبيعى وإن غلبت عليه الصبغة الدينية فى هذه الآونة، إلا أن ذلك لم ينقص من الصبغة العقلية التى لازمته على عهد اليونان والرومان. فلئن كان القانون الطبيعى عند فقهاء الكنيسة هو ذلك القانون الذى نقشه الله على قلب كل إنسان، إلا أن الإنسان لا يجد هذا القانون ولا يدركه إلا بعقله(١).

وقد عرف آباء الكنيسة العدالة تعريفاً يكاد يتطابق مع تعريف الفلاسفة الإغريق لها، ولكنهم يختلفون عنهم فى أن الإغريق يردون فكرة العدالة إلى الطبيعة بينما يردها آباء الكنيسة الى الله، فهو الذى وهبها للناس منذ خلقهم، وتطبيق الناس لها مرده خشية الله(٢).

---

(١) دكتور/ حسن كيره: المدخل إلى القانون، طبعة ١٩٧١، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، ص١٠٢ .

(٢) دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٣٦٨ .

ومن هنا يفهم منطق فقهاء الكنيسة - وخاصة القديس «توماس الإكويني Saint Thomas d'Aquin»[(١)] في تقسيم القانون إلى درجات ثلاث بعضها فوق بعض: فأعلاها هو «القانون الإلهي» وهو ما يمثل مشيئة الله وقدرته وعدله، ولا يمكن إدراكه بالاستدلال العقلي بل عن طريق الوحي والشعور والإيمان العميق. ثم يأتي بعده «القانون الطبيعي» وهو منتهى ما يدركه العقل من أصول القانون الإلهي، وبذلك يمكن إدراكه بالعقل. وأخيراً يأتي «القانون الوضعي» الذي هو من عمل المشرع والذي يجب أن يستلهم أحكام القانون الطبيعي.

وإذا خالف القانون الوضعي عن أمر قواعد القانون الطبيعي، فالطاعة واجبة رغم ذلك للقانون الوضعي، لأن النفع العائد من الطاعة - وهو الاستقرار والأمن في المجتمع - أكبر من الضرر الناتج عن العصيان، وفي ذلك تغليب للصالح العام علي الصالح الخاص، وهو ما يتفق مع أصول القانون الطبيعي. ولكن الطاعة للقانون الوضعي لا تجب إن خالف عن أمر القانون الإلهي[(٢)].

---

(١) انظر في تفصيلات آراء القديس «توماس الإكويني»:

دكتور/ محمود السقا: دراسة فلسفية لنظرية القانون الطبيعي في العصر الوسيط، بحث منشور بمجلة مصر المعاصرة، السنة السابعة والستون، العدد ٣٦٧، يناير ١٩٧٧ ، ص٦٠-٨٣ .

دكتور/ حسن عبد الحميد : فكرة القانون الطبيعي الكلاسيكي ومفهوم القانون، ص١٩٣-٢١٣ .

(٢) دكتور/ حسن كيره: المدخل إلى القانون، ص١٠٣ .

فكرة القانون الطبيعى فى القرن السادس عشر:

كان انقضاء العصور الوسطى مؤذناً بزوال عهد الإقطاع وبدء تكون الدول، فظهر «مبدأ سيادة الدولة» وهو ما أطاح بسيادة الكنيسة وسلطانها. وقد غالى بعض الكتاب في الدعوة إلى هذا المبدأ مغالاة لعل مرجعها الرغبة فى التمكين لفكرة الوطنية والاستقلال. وهذه المغالاة نجد صداها فى القرن السادس عشر عند كاتبين شهيرين هما «مكيا فيل»[١] و«بودان»[٢].

= ومن هنا يبدو تطور سياسة الكنيسة . فبعد أن كانت الكنيسة فى عهد المسيحية الأول تفصل فصلاً تاماً بين السلطان الدينى والسلطان المدنى، وتعبر عما لكل من السلطانين من نطاق ونفوذ مستقل فى قولتها المشهورة: «إعط ما لقيصر لقيصر وما لله لله»، أضحت فى القرون الوسطى تخضع السلطان المدنى للسلطان الدينى، فلاطاعة للقانون الوضعى فى معصية القانون الإلهى، وهو ما يختلط معه القانون الطبيعى فى فقه الكنيسة اختلاطاً بيناً.

(١) «مكيافيل Machiavel» (١٤٦٩ - ١٥٢٧) فى كتابه «الأمير» يضع صاحب السلطان فوق الأخلاق وفوق كل مثل أعلى. فيخول له التوسل بكل ما يؤيد سلطانه سواء عن طريق القوة أو الحيلة أو الخداع، إذ الغاية - كما يقول - تبرر الوسيلة، والقوة تكون عادلة ما دامت ضرورية.

• Chevallier, (Jean - Jacques): Les grandes oeuvers politiques de Machiavel à nos jours, 1949, p. 27 - 29.

(٢) «بودان Bodin» (١٥٣٠ - ١٥٩٦)، يدعو إلي سيادة الدولة سيادة مطلقة، وفى سبيل ذلك يحل صاحب السلطان من الخضوع للقوانين التى فرضها على رعاياه، إذ مادام هو مصدر القانون فإنه يصير بذلك فوق القانون، فليس ما يلزمه قانوناً قبل الأفراد، وأن يكن ملتزماً قبلهم بمجرد التزامات أخلاقية، ومن هنا ليس للأفراد الحق فى مطالبته باحترام هذه الالتزامات. =

وقد كان من أثر هذه المغالاة فى تصور فكرة السيادة توارى فكرة القانون الطبيعى، وطغيان الدولة على حريات الأفراد وحقوقهم فى الداخل، وتحكم القوة فى تنظيم العلاقات بين الدول ذات السيادة فى الخارج. ومن هنا بدت الحاجة مرة أخرى إلى فكرة القانون الطبيعى كوسيلة تذود عن حقوق الأفراد وحرياتهم طغيان الدولة، وتخضع علاقات الدول فيما بينها للعدل لا للقوة(١).

فكرة القانون الطبيعى فى القرنين السابع عشر والثامن عشر:

فى النصف الأول من القرن السابع عشر تحول المدلول المثالى الدينى لفكرة القانون الطبيعى إلى مدلول عقلى، أى مصدره العقل، بعد أن كان مصدر هذا القانون هو الله. وتم هذا على يد الفقيه الهولندى «جروسيوس Grotius»، حيث اتجهت جهوده إلى وضع قواعد تحكم العلاقات بين الدول فى السلم والحرب، ووجد ضالته فى فكرة القانون الطبيعى حيث يرى أن هناك مجموعة من القواعد العالمية يوحى بها العقل القويم يجب الاعتراف بها من قبل كافة الأمم المتمدينة، وهى تستخلص من العقل المجرد وتستجيب لضرورة العيش فى الجماعة، ويصل إليها العقل لأنها تطابق العدل(٢).

= • Roubier: Théorie générale du droit, 1946, p, p.100-101 .

• Del Vecchio: Philosophil de droit, 1953, p. 72 - 74.

(١) دكتور/ حسن كيره: المدخل إلى القانون، ص١٠٤ .

(٢) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص٣٤١ . =

= غير أن فكرة القانون الطبيعي وإن لم يكن قد أتيح لها البروز مع الوضوح والاستقلال على يد «جروسيوس» (١٥٨٣ - ١٦٤٥)، إلا أن هذا الفقيه رغم ما نادى به من وجود قانون أعلى للعدل يستخلص بجهد العقل فيسمو بذلك على القوانين الوضعية، لم يستطع أن يتحرر من تأثير عصره، فأقر ما كان قائماً حينذاك من نظام الرق وحق الفتح، بل وبرر ذلك بأن الحرية - وإن تكن فى طليعة حقوق الانسان الطبيعية - إلا أنه يمكن النزول عنها بمقتضى عقد، كما يمكن فقدها بالانهزام أو الأسر فى الحرب، وذلك تبرير واه يناقض المبدأ الذى وضعه من وجود قانون مستمد من طبيعة البشر يسمو على القانون الوضعى.

- Boudant (Ch.): Le droit individuel et l' Etat, 3e éd., 1920, p.95-96.

ويمكن تلخيص أهم الأفكار التى قامت عليها مدرسة القانون الطبيعى - التى وضع أساسها «جروسيوس» -فيما يلى:

١ - التفرقة بين القانون واللاهوت، وبين القانون الطبيعى والقانون الوضعى: تمكنت مدرسة القانون الطبيعى من إزالة الصبغة اللاهوتية التى كانت قد لحقت بالقانون الطبيعى فى العصور الوسطى، فقال أنصار هذه المدرسة بأن القانون الطبيعى عبارة عن مجموعة المبادئ التى يهدى إليها العقل السليم والمنطق المستقيم، وأن هذا القانون وجد قبل مولد الدولة نفسها، ويجب على المشرع الوضعى أن يستوحى أحكامه من مبادئ القانون الطبيعى فى تشريعاته الوضعية.

٢- مبادئ القانون الطبيعى مطابقة للعقل والعدل: ولذلك اتصفت بصفة الثبات والخلود فلا تتغير بتغير الزمان والمكان، ومهمة المشرع الوضعى تنحصر فى الكشف عن تلك المبادئ ووضع الجزاء الذى يطبق على من يخالفها. وينتج عن ذلك - بالضرورة - تماثل القواعد القانونية فى التشريعات الوضعية فى كل زمان ومكان. لكن الملاحظ أن هناك اختلافاً بين أحكام تلك التشريعات، هذا الاختلاف ليس راجعاً إلى تغير مبادئ القانون الطبيعى بل إلى اختلاف المشرعين فى مدى فهم وتطبيق مبادئ القانون الطبيعى.

=

ثم أخذ القانون الطبيعي مدلولاً سياسياً في ظل الثورة الفرنسية، حيث قامت الثورة تحت شعار الدفاع عن الحريات والحقوق الفردية الطبيعية للإنسان. وقد اعتنقت فكرة حقوق الإنسان الطبيعية التي يجب أن تحترمها القوانين الوضعية وذلك تأثراً بأنصار نظرية «العقد الاجتماعي» وحرص ممثلو الشعب على تسجيل هذه الحقوق في إعلان حقوق الإنسان والمواطن، وبالتالي كان هذا إقراراً رسمياً بوجود الحقوق الطبيعية، ويتضمن في نفس الوقت إقراراً ضمنياً بوجود قانون طبيعي هو مصدر هذه الحقوق[١].

= ٣- الاعتراف بوجود حقوق طبيعية للأفراد لا يجوز للدولة المساس بها، لأن هذه الحقوق كانت ثابتة للإنسان وهو في حالة الطبيعة، أي قبل تكوين المجتمع وقيام الدولة.
دكتور/ صوفي أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٧٦ .

(١) دكتور/ طه عوض غازي: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره» ، ص٣٤١ .

وفي ظل الاعتقاد بوجود قانون طبيعي يسمو على القوانين الوضعية، والاعتقاد في سلطان العقل الذي يستخلصه، شهد مفتتح القرن التاسع عشر واضعي تقنين «نابليون» - وهو التقنين المدني الفرنسي - يصدرون مشروع تقنينهم بالنص على أنه: «يوجد قانون عالمي ثابت وهو مصدر كل القوانين الوضعية، ليس هو إلا العقل الطبيعي من حيث أنه يحكم كل شعوب الأرض». وهذا النص، وإن لم يتح له أن يظهر في التقنين إذ حذف عند مناقشة المشروع، إلا أن ذلك لم يكن إنكاراً لمضمونه - إذ الاعتقاد في وجود القاون الطبيعي كان ينزل حينئذ من النفوس منزلة الإيمان - وإنما كان تسليماً بأن النصوص التشريعية الوضعية ليست محلاً لإعلان المبادئ الفلسفية.

• Ripert et Boulanger: Traité de droit civild' après le traité de Planiol, t. I, 1956, No. 25.

فكرة القانون الطبيعى فى القرن التاسع عشر:

هوجم مذهب القانون الطبيعى طوال القرن التاسع عشر مهاجمة شككت فى صحته وقللت من أنصاره فى الفقه، وراجت على حسابه مذاهب واقعية تنكر رد جوهر القانون أو شرعيته إلى مثل أعلى. وتركز الهجوم على مذهب القانون الطبيعى فيما يدعيه من صفة خالدة ثابتة لا تتغير بتغير الزمان أو المكان . فقد أنكر أنصار المذهب التاريخى - وعلي رأسهم الفقيه الألمانى سافينى - وجود قانون ثابت صالح لكل زمان ومكان، وذهبوا إلى أن القانون وليد البيئة الاجتماعية وحدها، والبيئة الاجتماعية متغيرة متطورة فى الزمان والمكان، ومن هنا لم يكن من المعقول ولا من المتصور أن يثبت القانون على حال واحدة، بل هو مختلف دائماً بحسب المكان من مجتمع إلى آخر إذ تولده ظروف البيئة الخاصة بكل مجتمع، وهو متطور دائماً فى الزمان تطوراً لا يفتعله الإنسان أو يخلقه بعقله أو يدفعه بإرادته، وإنما تطوره تطور ذاتى أو تلقائى يتسلسل فى حلقة من حلقات التاريخ تسلسلاً لا إرادياً[١]. وبالتالى من العبث الانسياق وراء الفكرة العالمية لقانون أبدى ثابت مشترك بين جميع البشر[٢]. وقد نجح هذا المذهب التاريخى طوال القرن التاسع عشر مما أفقد الثقة فى مذهب القانون الطبيعى، وأوهن من الاعتقاد فى وجود قانون تجتمع له صفة الخلود والثبات على اختلاف الزمان والمجتمعات.

---

(١) دكتور/ حسن كيره: المدخل إلى القانون، ص١١٤ .

(٢) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص٣٤٢

فكرة القانون الطبيعى فى القرن العشرين:

ظهـرت اتجاهات جـدية فى مطلع القرن العـشرين لبـعث الحيـاة فى نظرية القـانون الطبيـعى، وقد حاولت تلافـى أوجه النقد التـى وجهت إلى هذه النظرية بحـيث ظهر اتجـاه ينفى عن هذه الفكرة صـفة الثبـات والأبدية وظهر اتجاه آخر ينفى عنهـا صفة الشمولية والصلاحيـة لحكم كافة الجوانب القانونية(١).

ويطلق على الاتجـاه الأول «نـظرية القـانون الطبـيـعى ذو المضـمـون المتغـير»، وقد نادى به الفـقيه الألمانـى «ستـامـلر Stammler». ويـــرى أن القانون الطبيعى هو مثل أعلى للعدل ثابت ومتغير معاً، فهو ثابت من حيث أنه يهدف إلى فكرة العدل كـفكرة مجردة خالدة، أما مـضمون هذه الفكرة وطرق تحقـيقهـا فأمـر متغـير بتغـير ظروف كل جمـاعة، فكل عـصر وكل جماعـة لهما تصورهما الخـاص لفكرة العدل الثابتة. وبالتالى فـهذا الاتجاه يرى أن القانون الطبـيعى يعبـر عن عدل قيـمى يجب أن يسود الجمـاعات، ولكنه يحتمل التطبيق المتنوع بين جماعة وأخرى(٢).

أما الاتجـاه الثانـى فيرى أن الـقانون الطبـيعى مـجرد «مـوجه مثـالى للعدل»، فـهو يتمـثل فى بضعة مـبادئ مثـالية ثابتة تمثل الحـد الأدنى للمثل

---

(١) دكتـور/ طه عوض غازى: فلسـفة وتاريخ النظم القانونيـة والاجتمـاعية «نشـأة القانون وتطوره»، ص٣٤٣ .

(2) Ginsberg: La philosophie d droit du Rudolf Stammler. Arch. de phil. du droit, 1932, p. 564 - 574.,

• Dabin : La philosophie de l'ordre juridique positif, 1929, No. 71.

الأعلى للعدل، كاحترام حياة الانسان وحريته وتحقيق العدالة وحماية المال وحرية العمل ومبدأ عدم الإضرار بالغير. وبالتالى ينحصر دور القانون الطبيعى فى تلك الأصول العامة التى يجب اعتبارها أساساً ومثل عليا توجه المشرع والقاضى(١).

وقد تبنت كثير من التشريعات ما انتهى إليه الفقه من اعتبار القانون الطبيعى يتضمن توجيهاً للمثل العليا لفكرة العدالة يستلهمه القاضى فى حالة قصور القانون الوضعى. ومن ذلك نص المادة الأولى من التقنين المدنى المصرى الحالى، حيث نص فى الفقرة الثانية: «إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه، حكم القاضى بمقتضى العرف. فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية. فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة»(٢). وبذلك أصبح القانون الطبيعى مصدراً لأحكام التشريع الوضعى، فهو الأساس الذى يستمد منه المشرع الوضعى أحكامه، وهو الذى يسيطر على ذهن القاضى أو الفقيه عند تفسير النصوص القانونية، وهو المعين الذى لا ينضب من حيث كونه يمد القاضى أو الفقيه بالحكم فى حالة خلو النصوص القانونية من حكم للنزاع المعروض عليه(٣).

---

(1) Le Fur: Les caractères essentiels du droit en comparaison avec les autres règles de la vie sociale, Arch. de phil. du droit , 1935, p. 19-21.

• Roubier: Théorie générale du droit, 1946, p. 150 - 151 .

(٢) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص٣٤٣ .

(٣) دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٣٧٢ .

فالقانون الطبيعى فى معناه الحديث إذاً هو عبارة عن تلك الأصول والموجهات العامة للعدل التى تعتبر أساساً ومثلاً أعلى للتنظيم القانونى.

المبحث الثالث
دور التشريع فى تطور القانون

يستعمل لفظ التشريع بمعنيين: معنى عام يقصد به وضع القواعد القانونية اللازمة لحكم العلاقات الاجتماعية بين الناس أو استنباطها ، بغض النظر عن كون تلك القواعد قد نتجت عن مصدر معروف من مصادر القاعدة القانونية (العرف ، القضاء...الخ) أو عن تفسير للقواعد القائمة(١). ويقصد بالتشريع معنى أخص من ذلك، هو أنه تعبير عن إرادة السلطة العامة بقصد إصدار قاعدة قانونية وإلزام الناس باحترامها(٢). وهذا

---

(١) الأستاذ/ على بدوى: أبحاث التاريخ العام للقانون، الجزء الأول «تاريخ الشرائع»، ص٨٣ .

(2) Planiol: Traité élémentaire de droit civil, T.I, p. 48.

ومفهوم التشريع بالمعنى الخاص قد يختلط بالقانون باعتباره قواعد عامة مجردة صادرة عن السلطة العامة وملزمة للأفراد وتتضمن جزاءً على مخالفتها، بيد أن التشريع ليس هو القانون، ولكنه – أى التشريع – كمصدر للقانون يعد «وسيلة لتطور القواعد القانونية الحقيقية التشريعية التى تنبع منها القواعد القانونية». دكتور / عبد الحى حجازى: المدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية القانون، طبعة ١٩٦٦، ص٢٤٩ .

وبالمقارنة بين المعنى العام للتشريع والمعنى الخاص، يتضح لنا أن المعنى العام يقوم على =

هو المعنى الذى يقصد بلفظ «التشريع» باعتباره وسيلة من وسائل تطور القانون ، فهو ينحصر فى النصوص الصادرة من السلطة المختصة بالتشريع. فالسلطة العامة تختص - بجانب اختصاصاتها الأخرى - بإصدار القواعد القانونية اللازمة لتنظيم العلاقات بين الناس فى المجتمع، وهذه السلطة قد تكون هيئة ممثلة للشعب كما هو الحال فى النظم الديمقراطية، وقد ينفرد بها شخص أو هيئة كما هو الشأن فى النظم الدكتاتورية[١].

ومن المتفق عليه بين مؤرخى القانون، أن التشريع - كوسيلة من وسائل تطور القانون - قد ظهر فى عهد لاحق للحيلة والعدالة. ذلك أن الناس كانوا ينظرون إلى القواعد القانونية نظرة تقديس، ومن ثم لا يجوز البحث عن عللها ولا التفكير فى تعديلها، ومع الزمن ظهرت عيوب القواعد القانونية وأظهر تطبيقها مدى قصورها أو جمودها، فاستعان الناس بالحيلة كوسيلة لتعديلها. ولما خفت قدسية النصوص فى نفوس الناس وارتفعت أخلاقهم، بحيث أصبح فى مقدورهم إدراك فكرة العدالة، استعانوا بها لتعديل النصوص القانونية صراحة . وبذلك تكون عدد كبير

= أساس من النظر إلى القاعدة القانونية ذاتها، وأن المعنى الخاص يأخذ فى الاعتبار المصدر نفسه الذى تصدر عنه هذه القاعدة. وبالتالى فإن القاضى وهو بصدد الحكم فى خصومة معروضة عليه إذا لم يجد تشريعاً واجب التطبيق حكم بمقتضى العرف كنا نقصد المعنى العام، وإذا ذهبنا إلى أن التشريع هو أحد مصادر القانون - إن لم يكن هو المصدر الرئيسى - كنا نقصد المعنى الخاص. دكتور/ عبد المنعم درويش : **مقدمة فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية**، ص٢٨٥ .

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٧٩ .

من القـواعـد القـانونيـة الجـديدة، وتعـددت التـعديـلات التى طرأت على النصـوص القـانونيـة القديمة فـى الوقت الذى ارتفـعت فيـه أخـلاق الناس وتقدمت أفكـارهم واشتد سـاعد الدولة بحـيث أصبح فى مقـدور السلطة العامة تبنى تلك القواعد الجديدة والتعديلات المتعددة وإصدارها فى صورة تشريع ملزم لـلناس، وبذلك أصبح للتشـريع دوره البارز فى هذا المضـمار. ومع الزمن لم يقتصـر دور التشريع على تعديل القواعـد القانونية الظالمة أو الشديدة، ولا على استـحداث القواعد القانونية الملائمـة لتطور المجتمع، بل أصـبح فى مقـدور السلطة العـامـة - وإن كان ذلك لا يحـدث إلا نادراً - إصدار تشريعات دون مراعاة العدل أو حالة المجتمع[١].

ويخـتلف التشـريع عن الحيل القـانونيـة بأنه تغيـير صـريح فى حكم القانون ونصه، وعن العـدالة بأن قوته الإلزامية مسـتمدة من الهيئة الحـاكمة التى أصدرته لا من سمو المبادئ التى يحتوى عليها، وهو يتميز عن كلتيهما بإيجاز صـيغـة ووضوح مراميـة وسهـولة فهـمه وبثبـوت وجوده. كـما أنه الخطوة النهائية التى يتم بها تمشى القانون مع تطور المجتمع، لأنه فى الغالب تركيـز رسمى للمـبادئ التى وصل إليهـا القضـاء والفقه من طريـقى الحيلة والعدالة، إلا أنه لـيس من المحتم أن يكون كذلـك، فالسلطة التشـريعيـة قد تصدر ما تشاء من القوانين بدافع التحكم أو بدافع العدالة[٢].

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: مبادئ تاريخ القانون، ص٣٧٥ .

• Henry Sumner Main: Ancient law, 1920, p. 25 et s.

(٢) الأستاذ/ على بدوى: أبحاث التاريخ العام للقانون،ص٨٤ .

• Henry Sumner Main. Ancient law, 1920, p. 33.

وإذا قارنـا بين الدور الذى قام به التـشريع فى تطور القـانون والدور الذى قامت به كل من الحيـلة والعدالة، لظهور الفارق الشاسع بيـنه وبينهما فالوسـيلتان الأخيـرتان كانتا عـماد تطور القانون فى الشـرائع القديمة، ولم يتـدخل التـشـريع إلا نادراً فى تطورها، وغـالبـاً مـا كـان تدخله راجـعـاً لاعتبارات اجتمـاعية أو سياسية ملحة كتحقـيق إصلاح اجتماعى خطير أو لوضع حـد لنزاع بين طبقـات المجتمع أو لتـعديل نـظم قانونيـة أصبـحت تتـجافى مع تطور المجـتمع. ولقـد انقلب هذا الوضع في العـصور الحديـثة فأصبـح تطور القانون يعتـمد بصفـة رئيسـية على التشـريع، ولا يظهر دور الحيلة أو العدالة فى القانون الحديث إلا نادراً(١).

وسـوف نتناول فـيمـا يلى دور التـشـريع فى تطور الشـرائع القـديمة والقانون الحديث.

المطلب الأول

دور التشريع فى تطور القانون اليونانى

قـام التشـريع بتطوير القـانون فى المجتـمع الإغـريقى لمعالجـة مظاهر القصور فيـه، ولمحاولة القضاء علي التنازع بين الطبقات والتـسوية بينها فى الحـقوق والواجـبات، وإلغـاء النظم الاجـتمـاعيـة والقـانونية التى لم تعـد متمشية مع التطور الذى لحق بالمجتمع الإغريقى.

وكـانت نقطة البـداية هى صـدور قانون «دراكـون»، الذى قـام بنقل القانون الإغـريقى من مرحلة العرف إلي مرحلة القـانون المدون الصادر عن السلطة العامة فى المدينة، فـقد كان السبب الرئيسى لإصداره كـسر احتكار

---

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٨٠ .

العلم بالقانون لكى يصبح فى متناول الكافة بدلاً من وقف العلم به على طائفة الأشراف فقط الذين كان ينتمى إليهم «دراكون» نفسه. وأيضاً كان من الأسباب الدافعة على إصدار هذا القانون ضرورة إشتراك طبقة العامة مع طبقة الأشراف فى حكم المدينة، لتخفيف سخط العامة على النظام القائم. وكذلك الرغبة في القضاء على آثار نظام القضاء الخاص والسلطات القضائية لأرباب العشائر عن طريق حصر الجرائم العامة وتحديد العقاب عليها وجعله من اختصاص السلطة العامة فى المدينة، وبذلك كفل مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات. وبالرغم من الإصلاحات التشريعية الواضحة التى حققها «دراكون» ، إلا أن المساواة بين الطبقات كانت أمراً سطحياً بحيث لم تجد طبقة العامة والطبقة الوسطى من ذلك فائدة حقيقية، بل عادت الفائدة على الأغنياء المحدثين الذين اقتسموا السلطة مع الأشراف القدامى، كما اتسمت أحكام هذا القانون بالقسوة البالغة، الأمر الذى أدى إلى إذكاء روح السخط والتذمر وعدم رضى كل من الأشراف العامة عليه وإصرار كافة فئات الشعب على التغيير والمطالبة بإصلاح تشريعى جديد يساهم فى تطور القانون(١).

وقد قام «صولون» بإصدار تشريع جديد تحت وطأة ثورة اجتماعية، فقام بإصلاح دستور المدينة للقضاء على النزاع بين طبقتى الأشراف والعامة، واستحدث بقانونه إصلاحات قانونية هامة لمعالجة أحوال سيئة ظاهرة، منها إلغاء بيع المدين أو استرقاقه بسبب عدم الوفاء بالدين، وتحديد

---

(١) دكتور/ عبد العزيز شوكت: البدر الساطع فى أصول النظم والشرائع، ص٤٧٩ .

سعر الفـائدة وتحريم الربا الفاحش[١]، وهدم نظام السلطة الأبوية وجـعل للابن شخـصية مـستقـلة عن شخصية والده[٢]. ولم تصـدر بعـد عـهـده قرارات تشريعيـة تستحق الذكر فى مجال القـانون الخاص، وإنما ترك الأمر لاجتهـاد القضاة يفسرونهـا ويعدلونها أو يكملون ما يعـتورها من نقص بما يرونه، مسـترشـدين بمبادئ العدالـة، وظل هذا الحال قائمـاً حتى خـضعت اليونان لحكم الرومان وأصبحت ولاية رومانية[٣].

المطلب الثانى

دور التشريع فى تطور القانون الرومانى

مـرت الاستـعانة بالتـشريع كـوسيلـة من وسائل تطور القـانون عند الرومان بعـدة مراحل. فـفى العصر المـلكى - وهو الذى يبدأ بإنشـاء مدينة رومـا عام ٧٥٤ ق.م. وينتـهى بقيـام النظام الجمـهورى عـام ٥٠٩ ق.م. - انحصرت مـصادر القاعدة القانونيـة في العرف، وبذلك لم يكن هناك دور

---

(١) دكتـور/ عمر ممـدوح مصطفى: أصول تاريخ الـقانون «تكوين الشرائع وتـاريخ القانون المصرى»، ص١١١ .

(٢) الأسـتاذ/ على بدوى: أبحـاث التاريخ العـام للقـانون ، الجزء الأول «تاريخ الشـرائع»، ص٨٥ .

(3) Beauchet: Histoire du droit privé de la Republique Athénienne, Préface, p. 14 et s.

يذكر للتشريع فى هذا العصر(١).

---

(١) الدليل على ذلك ما ذكره الفقيه «بمبونيوس» - وهو أحد فقهاء العصر العلمى - فى فقرة وردت له بموسوعة «جستنيان» من أن : «الملوك كانوا يحكمون الشعب بغير تشريع ثابت».

وقد ذكر بعض فقهاء الرومان أن مجلس الشعب قد أصدر فى العهد الملكى بعض التشريعات بناء على اقتراح الملك وتصديق مجلس الشيوخ، وقد عرفت باسم «القوانين الملكية Leges regiae»، ويضيفون إلى ذلك أنه فى أواخر العصر الملكى أو بداية العصر الجمهورى جمع «بابيريوس Papirius» هذه التشريعات فى مجموعة واحدة عرفت باسمه «Jus papirianum».

على أن الإجماع يكاد ينعقد بين شراح القانون الرومانى المحدثين على أن «التشريع» لم يكن مصدراً من مصادر القانون في العهود الأولى لروما، وأن مازعمه قدامى المؤرخين من وجود قوانين مصدرها التشريع إنما هو من قبيل الأساطير التى لا تمت إلى الواقع بصلة، بل إن هناك الكثير من الشواهد التى تدحض هذه الرواية من أساسها، منها: أولاً: إذا نظرنا إلى نصوص هذه المجموعة المزعومة، لوجدنا أنها قد كتبت بلغة حديثة لا يمكن أن تكون هى لغة العصر الملكى. ثانياً: القوانين التى تتضمنها تلك المجموعة عبارة عن «أوامر» ذات طابع دينى، ومن المؤكد أن مجلس الشعب لم يكن له شأن بالأمور الدينية إبان العصر الملكى، وعلى ذلك فمن المرجح أن تكون هذه القوانين أو «الأوامر» قد صدرت من الملك بصفته الرئيسى الدينى، وأن الكهنة قد حفظوها فى سجلاتهم، ومن ثم فإنها لا تعتبر تشريعاً بالمعنى الصحيح. ثالثاً: من الثابت أن القانون قد بدأ فى روما -كما بدأ فى غيرها من المجتمعات القديمة - فى صورة قواعد عرفية، فالتشريع لم يكن هو أقدم مصادر القانون ، بل سبقه فى ذلك العرف، ولم تشذ مدينة روما عن غيرها من المجتمعات القديمة فى هذا الصدد ، بل إن الرومان قد ظلوا لفترة طويلة يعتبرون العرف هو المصدر الأول للقانون، أما التشريع فكان عندهم مصدراً استثنائياً. رابعاً: إن الظروف التى وضع فيها قانون الألواح الإثنى عشر - فى منتصف القرن الخامس قبل الميلاد - تقطع بأنه لم يكن فى روما قانون مكتوب، وأن القانون فيها كان قانوناً عرفياً، فقد تم =

أما فى العصر الجمهـورى - يبدأ هذا العصر عام ٥٠٩ ق.م. وينتهى عام ٢٧ ق.م - فقد ظل العرف يلعب الدور الرئيسى كمصدر أول للقواعد القانونيـة، غيـر أن التشريع بدأ يجـد له مكاناً كمـصدر للقـانون الرومانى. والرأى السائـد بين العلماء، أن عدد التـشريعـات التى صدرت فى العـصر الجمهورى لا تتـعدى الثمانمائة تشريع، لا يتعلق منهـا بنظم القانون الخاص سوى ست وعشرين تشـريعاً فقط، وأن معظم هذه التشريعات كـان يقتصر على التعـديل والتحـوير فى جزئيـات القانون الرومانى القـديم، ولم تصلنا نصوص معظم هذه التـشريعات، وإنما وصلتنا أحكامهـا عن طريق كتابات الفـقـهـاء(١). ومن أهم التـشريعـات التى صدرت فى هذا العـصر قـانون الألواح الإثنى عـشـر، وقـد تم وضع هذا القـانون عـام ٤٤٩ ق.م، وكـان

وضع هذا القـانون عـام ٤٥٠ ق.م. عندما طالـب العامـة بالمسـاواة فى الحـقوق المدنيـة والسيـاسية والاجتـماعية، وأن يتم تجـميع القواعد العـرفية القديمة فى وثيـقة تحدد فيـها قـواعد القـانون وتعلن على الكـافة، حـتى يلتـزم الحكام - وهم من طبـقة الأشـراف - بتطبيق أحكامها، وبذلك يتم إلغاء أو على الأقل الحد من احتكار الأشراف لعلم القانون وطرق تفسيره وتطبيقه بما يحقق مصالحهم.

دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٤٣١ .

• Gaudemet (J.): Institutions de l'antiquité, Paris 1967, p. 382 .

دكتـور/ طه عوض غازى: فلسـفة وتاريخ النظم القانونيـة والاجتمـاعية «نشـأة القانون وتطوره»، ص٣٤٧ .

• Girard (P.F.): Manuel élémentaire de droit romain, 1896, p.15.

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٤٤٣ .

• Gaudemet (J): Institutions de l'antiquité, Paris 1967, p. 383.

الهدف منه تحقيق المساواة بين طبقات المجتمعات الرومانى، وقد اعتبر الرومان قانون الألواح هو الأساس التشريعى لقانونهم العام والخاص وقد اقتصرت القوانين اللاحقة عليه على التوسع فى أحكامه أو تعديلها، بل إن هذا القانون كان أساساً لقانون «چستنيان». كذلك صدرت عدة تشريعات فى العصر الجمهورى، من أهمها: قانون «بلوتيابابريا» الذى صدر عام ٣٢٦ ق.م وقد حرم على الدائن بمقتضى عقد القرض القديم استعمال دعوى إلقاء اليد والتنفيذ على جسم المدين إلا فى حالة ارتكاب جريمة وفى حالة التخلى عن الجانى الخاضع لسلطة غيره، وقانون «أكويليا» الذى صدر عام ٢٨٦ ق.م وقد وضع تنظيماً شاملاً لجرائم الإضرار بأموال الغير بعد أن كانت هذه الجرائم قاصرة فى قانون الألواح الإثنى عشر على حالات معينة كقطع أشجار الغير وحرق المنازل عن طريق الإهمال، وقانون «بليتوريا» الذى صدر عام ١٩١ ق.م وقد أعطى حماية للبالغ الذى يقل سنه عن خمس وعشرون سنة بمعاقبة من يستغل عدم خبرته وجعل من هذا الفعل جريمة أطلق عليها «جريمة غش التاجر» ، وقانون «أتينيا» الذى صدر عام ١٥٠ ق.م وقد حرم تملك المنقولات المسروقة بالتقادم حتى ولو كان واضع اليد عليها حسن النية، وقانون «إيبوتيا» الذى صدر عام ١٣٠ ق.م وقد أدخل نظام المرافعات الكتابية فى التقاضى بدلاً من نظام الصيغ الشكلية للدعاوى[(١)].

وبالرغم من وجود تلك التشريعات، إلا أن دور التشريع فى تطور القانون إبان العصر الجمهورى كان دوراً ثانوياً، حيث لم تكن له المكانة

---

(١) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية «نشأة القانون وتطوره»، ص٣٤٨ .

الأولى بين مصادر القانون الرومانى، بل ظل العرف هو المصدر الأساسى الذى يمكنه إنشاء قواعد قانونية جديدة أو إلغاء قواعد قانونية قائمة حتى ولو كانت هذه القواعد قواعد تشريعية أوجدها المشرع الرومانى(١).

أما فى العصر الإمبراطورى - عصر الإمبراطورية العليا ويبدأ فى عام ٢٧ ق.م وينتهى فى عام ٢٨٥ ميلادية ، وعصر الإمبراطورية السفلى ويبدأ فى عام ٢٨٥م مع تولى الإمبراطور دقلديانوس السلطة وينتهى فى عام ٥٦٥م بوفاة الإمبراطور جستنيان - فقد تعاظم دور التشريع كثيراً وخاصة عن طريق الدساتير الإمبراطورية(٢)، وقد أصبحت هذه الدساتير

(١) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص٤٤٥ .

• Girard: Manuel élémentaire de droit romain, 1896, p. 33.

(٢) اتخذت الدساتير الإمبراطورية عدة صور هى: ١- المنشورات: وكانت تصدر من الإمبراطور بصفته الحاكم الأعلى للبلاد لتطبق على كل أو بعض سكان الإمبراطورية، وفى البداية كانت هذه المنشورات تتضمن لوائح إدارية عامة تهدف إلى تنظيم بعض المسائل الجنائية أو الإدارية أو القضائية، ولكنها أصبحت بعد ذلك تشتمل على قواعد متصلة بالقانون الخاص ، وكانت هذه المنشورات كقاعدة عامة تنتهى بإنتهاء ولاية الإمبراطور الذى أصدرها، ولكن جرت العادة على استمرارها مالم يقرر خلفه إلغاءها صراحة، ولذلك كانت المنشورات الإمبراطورية فى القرن الثالث للميلاد تمثل مصدراً دائماً للقوانين شأنها فى ذلك شأن التشريعات. ٢- الأحكام: وكان يصدرها الإمبراطور فى الدعاوى التى تعرض عليه بصفة ابتدائية أو استئنافية ، والأصل أن الأحكام القضائية ذات أثر نسبى بمعنى أنها لا تتعدى لغير الخصوم أو طرفى النزاع، ولكن بالنظر إلى أن الأحكام القضائية التى يصدرها الإمبراطور تعد صادرة من صاحب السلطان الأعلى فى المجتمع الرومانى، فقد كان لها أثرها الأدبى الكبير فى نفوس القضاة ، مما جعلهم يلتزمون بها فى أحكامهم، ومن جهة أخرى ، فكثيراً ما كان الإمبراطور نفسه يقرر =

الإمبـراطورية أهم مصدر للتـشريع منذ القـرن الثانى الميلادى ثم أصـبحت المصدر الوحيد بعد ذلك. وظل التشريع يلعب دوراً هاماً فى تطوير وتعديل قواعد القانون الرومانى حتى عصـر الإمبراطورية السفلى حيث زاد النشاط

= صراحة أنه سوف يتبع هذا الحكم مستقبلاً بالنسبة لجميع الوقائع المماثلة، وبذلك يصبح هذا الحكم مبدأ واجب الاتباع فى كل ما يعرض من منازعـات خاصة بهذه المسألة سواء أمـام الإمبـراطور نفسـه أو من باب أولى أمام الـقضـاة الأدنى. هذه العوامل مـجتـمعـة جعلت الأحكام القضائية التى يصدرها الإمبراطور الرومانى تتخطي حدود الأثر النسبى الذى تتـمـيز به الأحكـام القضـائيـة عـادة وتصبح مـصـدراً هامـاً من مصـادر القـانون الإمبراطورى. ٣- الفتاوى : وهى عبارة عن الإجـابات القانونية التى يرد بها الإمبراطور على الاستفسارات التى تقدم إليه من أحد القضاة أو من أحد الأفراد بشأن مسألة قانونية معينة، وكانت الفتاوى تحرر بواسطة المجلس الاستـشارى للإمبراطور والذى يضم أشهر فقهاء القـانون ثم يوقع عليها الإمبراطور بنفـسه حتى يعطيها الصفة الـرسمية، ولم تكن جميع الفتاوى الصادرة عن الإمبراطور تتمتع بنفس القوة، فبعض هذه الفتاوى كانت له قوة نسـبية بمعنى أن أثرها لا يتـعدى الفرد الذى طلبهـا أو النزاع الذى صدرت بمناسبـته ولذلك كان يطـلق على هذا النوع من الفتـاوى اصطلاح «الدستور الخـاص»، وبعضـها الآخر كـان له حجـية مطلقـة ويتحقق ذلك فى الأحـوال التى يرى فيـها الإمـبراطور أن يجعل من الفتـوى قاعدة عامة تطبق فى جمـيع الأحوال المماثلة، فتصـبح الفتوى عندئذ شبيهـة بالمنشور وتنتشر على الكافة كـما تنشر المنشورات. ٤- التعليـمات : وهى عبارة عن إرشادات أو توجيهات ذات صفة إدارية فى غالـب الأحيان يوجهها الإمبراطور الى الموظفين باعـتبـاره الرئيس الأعلى للـجهـاز الإدارى، ولا تلزم هذه التـعليمـات إلا من صدرت له، فلا تتعداه إلى من يخلفـه ولا ينصرف أثرها إلى موظف آخر إلا إذا وجهت إليه مـباشـرة. دكتـور/ مصطفى صقـر: فلسفـة وتاريخ النظم القانونـية والاجتـماعـية، ص٤٥١ مـا بعدها. وانـظر للمزيـد من التفـصـيلات حـول الدسـاتيـر الإمبـراطورية:

• Gaudemet (J.): Institutions de l'antiquité, Paris 1967, p. 580 et s .

• Girard: Manuel élémentaire de droit romain, 1896, p. 57 et s.

التشريعى وكثرت الدساتر الإمبراطورية بسبب تركيز السلطة فى يد الإمبراطور، مما أدى إلى تضارب بعضها مع البعض الآخر ولذا دعت الحاجة إلى تجميعها[١]، وقد قام الإمبراطور «جستنيان» بتجميع هذه

---

(١) عندما كثرت التشريعات الإمبراطورية ، وأصبح من العسير الرجوع إليها أو الاستدلال بأحكامها، عمد بعض رجال القانون في عهد الإمبراطورية السفلى إلى تجميعها فى كتاب واحد بعد تصنيفها والتنسيق بينها. وكان أول هذه المجموعات هى تلك المجموعة التى وضعها أحد أساتذة القانون - فى عهد الإمبراطور دقلديانوس - ويدعى «جريجوريوس» وجمع فيها الدساتير الإمبراطورية الصادرة منذ عهد الإمبراطور «هادريان» - أى منذ النصف الأول للقرن الثانى الميلادى - وحتى عهد الإمبراطور «دقلديانوس» - أى حتى أواخر القرن الثالث للميلاد - وقد أوردها مرتبة بحسب موضوعها ترتيباً زمنياً تصاعدياً، وقد عرفت هذه المجموعة باسم واضعها، فكان يطلق عليها «المجموعة الجريجورية Codex greorianus» . وقد أتبعت بمجموعة أخرى وضعها فقيه يدعى «هيرموجنيانوس Hermogenianus» عرفت باسم «المجموعة الهرموجينية» نسبة إلى واضعها، وقد أورد فيها عدداً من التشريعات التى صدرت بعد المجموعة الأولى. وجدير بالذكر أن هاتين المجموعتين لم تكن لهما صفة رسمية، ولم تصل إلينا منهما سوى بعض أجزاء يسيرة وردت ضمن مجموعات أخرى.

وفى عام ٤٣٨ قام الإمبراطور «تيودوز Théodose» بوضع أول مجموعة رسمية للدساتير الإمبراطورية عرفت باسم «مجموعة تيودوز Coudex théodosianus»، وقد ضمت هذه المجموعة جميع الدساتير الإمبراطورية الصادرة منذ عهد قسطنطين، أى من أوائل القرن الرابع حتى عهده. وقد وصلت إلينا نصوص هذه المجموعة، بعد أن عثر الباحثون على مخطوط لها، ولا تزال محفوظة ببعض دور الكتب فى أوربا.

وفى بداية القرن السادس الميلادى ، أصدر ملوك القبائل المتبربرة عدة مجموعات لتنظيم شئون الرعايا الرومان فى الجهات التى كانوا يحكمونها. ومن أهم هذه المجموعات: مجموعة «تيودوريك Theodoric» التى أصدرها الملك «تيودوريك» ملك القوط =

الدساتير الإمبراطورية والقانون القديم معاً وانتهى من ذلك عام ٥٣٤ ميلادية وأصدر مجموعاته الشهيرة التى حفظت أحكام القانون الرومانى.

المطلب الثالث

دور التشريع فى تطور القانون الإنجليزى

لعب التشريع دوراً ضئيلاً جداً فى تطور القانون الإنجليزى، ذلك أن

= الشرقيين فى شمال إيطاليا عام ٥٠٠ ميلادية، ومجموعة «الاريك» المعروفة باسم «مجموعة الأحكام الالاريكية Breviaire d'Alaric» وقد صدرت عام ٥٠٦م، وكانت مطبقة بمملكة القوط الغربية فى جنوب فرنسا وأسبانيا.

وعندما تولى الإمبراطور «جستنيان» الحكم (٥٢٧ - ٥٦٥م) كانت الدساتير الإمبراطورية وأبحاث الفقهاء وآراؤهم قد تضخمت إلى درجة أنها خلقت جواً من الغموض والاضطراب فى دراستها والرجوع إليها والاستدلال بها فى الأحكام، فعمد إلى وضعها فى مجاميع محددة رسمية، فأصدر مجموعة التشريعات فى سنة ٥٢٩م، ولكنه رأى إعادة تجميع هذه التشريعات بعد إضافة ما كان قد استحدث منها فأصدر التجميع الثانى فى سنة ٥٣٤م، وأطلق عليه «مجموعة التشريعات الجستنيانية Coudex Justinianus»، وقد وصلتنا نصوص هذه المجموعة كاملة، بل إن الفضل يرجع إليها فى المحافظة علي القانون الروماني. ومن الجدير بالذكر فى هذا الصدد، أن «جستنيان» لم يتوقف عند حد تجميع الدساتير الإمبراطورية، بل قام أيضاً بتجميع آراء الفقهاء فى موسوعة ثانية تسمى «دائرة المعارف Digesta»، ووضع آراء الفقهاء كذلك في موجزة تسمى «بالنظم Institutiones» تقتصر على أربعة كتب لتسهيل الدراسة والمراجعة فيها، ثم وضعت قراراته التشريعية الجديدة التى أصدرها فى مجموعة رابعة عرفت باسم «مجموعة المراسيم المستحدثة Nouvellae constitutiones». دكتور / مصطفى صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٤٥٩ وما بعدها.

القانون الإنجليـزى كان - ومـايزال - يعتمـد بصفة أسـاسيـة على السوابق القـضائيـة[١]. ووفقاً لمنطق الـسوابق القضائية فى هذا الـقانون، فإن الحكم الذى يصدره القاضى فى نزاع معين يكون ملزمـاً لنفس القاضى ولغيره من القـضـاة الأدنى درجـة. والفلسـفـة القـانونيـة الإنجليـزية ترى أن السـوابق القضـائية تحـقق حمـاية أكبـر للأفراد، وتقلص من سلـطة الحاكم أكـثر من التشريع الذى يقننه الحاكم وعن طريقة يمكن التحكم فى حريات الأفراد، أو كما يقول المثل اللاتينى «التشريع أداة طيـعة فى يد الحاكم يستطيع بمقتضاها فـرض ما يشـاء». فالسـوابق القضـائيـة أدت إلى تحجـيم دور التشـريع فى القانون الإنجليزى، لدرجة أن بعض الفقهاء الإنجليز عبر عن الدور المتواضع للتشريع كوسيلة لتطور القانون بقـوله: «إن التشريع يقوم بعمل إضافات أو تصحيح بعض أخطاء القـانون العادى فقط»[٢]. وقد كـان المفهـوم السائد كذلك عند الإنجليز هو أنه يجب على القـضاء أن يفسر القواعد التـشريعية -باعـتبـارها استـثناء على قواعـد القانون العـام - فى أضيـق الحدود، وألا يتجاوز حرفيتها أو معناها الظاهرى للبحث عن روحها أو فحواها[٣].

وإذا كان دور التشريع فى تطور القانون الإنجليـزى ضيئلاً، إلا أنه قد صدرت بعض التـشريعـات خلال القرنـين الثانى عشـر والثالث عـشر[٤]،

(١) دكتور/ صوفي أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٨١ .

(٢) دكتور/ طه عوض غازى: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٣٥١ .

(٣) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٤٩٤ .

(٤) يطلق بعض مؤرخى القانون الإنجليزى على الملك «إدوار الأول» (١٢٧٢-١٣٠٧) اسم «جستنيان الإنجليـزى Justinien anglais»، وذلك بسبب التطور الكبيـر الذى طرأ على دور التشريع كمصدر للقانون خلال فترة حكمه، ولازالت بعض هذه التشريعات=

من أهمها: دستور «كلارندون» الصادر فى عام ١١٦٦ مقرراً تقييد اختصاص المحاكم الكنسية، ومنعها من الفصل فى منازعات الديون والأراضى ولو كان أحد الخصمين من رجال الدين، ومنع استئناف أحكامها أمام محكمة البابا فى روما. وكذلك «العهد الأعظم» أو «الماجناكارتا» الصادر عام ١٢١٥، وبمقتضاه تعهد الملك «چون» - عقب الثورة عليه - بتقييد اختصاص محاكمه المتنقلة، ونزع كل اختصاص قضائى جنائى للموظفين الإداريين المعينين من قبله فى البلاد، وقرر حق الشخص فى محاكمة عادلة[١]. كما كان أساس لنظام المحلفين ونظام «إحضار جسد السجين» وهو يقضى بإحضار المسجون بدون وجه حق إلى المحكمة لتنظر فى أمر حبسه[٢].

وقد استمر النشاط التشريعى فى التزايد بعد القرن الثالث عشر،

= مطبقة فى إنجلترا حتى اليوم.

• Gilissen: Introduction historique au droit, p. 192 .

(١) الأستاذ / على بدوى: أبحاث التاريخ العام للقانون، الجزء الأول «تاريخ الشرائع»، ص٨٦ .

• Deans: Legal history, p. 18-19.

• Lee: Historical jurisprudence, p. 477 et s.

• Jenks : Short history of English law, p. 48, n, 2

(٢) انظر فى تفصيلات نظام المحلفين ونظام إحضار جسم المدين، دكتور/ عبد المنعم درويش: مقدمة فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص٩٥، ومابعدها.

وظهر أثر التشريع فى تطور القانون الإنجليزى[١]، وفي القرنين التاسع عشر والعشـرين تزايدت أهمية التشـريع فى إنجلترا بصورة ملحـوظة، ومن أمثلة التشريعات التى صدرت فى القرن التاسع عشـر، مجموعة التشريعات التى صـدرت فى الفـتـرة مـن ١٨٣٢ - ١٨٣٣ والفـتـرة من ١٨٧٣ - ١٨٧٥، والتى كان الغرض منها هو إدخال إصلاحات جوهرية على النظام القضائى الإنجليـزى عن طريق تـنظيم اختـصـاص المحـاكم، وإصـلاح الإجـراءات القضائية، وتنظيم التنازع بين القانون العام وقانون العدالة. كما صدرت فى القرن العشرين الكثير من التشريعات، مثل القوانين الاشتراكية والاقتصادية التى صدرت بعد عام ١٩٤٥[٢].

المطلب الرابع

دور التشريع فى تطور الفقه الإسلامى

يعد الدور الذى لعبه التشريع فى تطور الشريعة الإسلامية - بالمقارنة بالرأى - دوراً ثانوياً، فإذا كان أثره ظاهراً فى تطور الشريعة الإسلامية وقت نشأتها إلا أن أثره قـد ضعف بعد ذلك[٣]، ويرجع السبب فى ذلك إلى أن الشريعة الإسلامـية ليست شريعة وضعية، ولكنهـا شريعة منزله من عد الله -سبحانه تعالى - على لسان الرسول ﷺ[٤].

---

(١) أصدر الملك «هنرى الثامن» وحدة من التشريعات - خـلال القرن السادس عشر - أكثر مما أصدر أسلافه خلال القرون الثلاثة السابقة.

(٢) دكتور/ مصطفى صقر: فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٤٩٦ .

• Gilissen: Introduction historique au droit, p. 193 .

(٣) دكتور/ صوفي أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٨١ .

(٤) دكتور/ عبد المنعم درويش: مقدمة فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٩٨ .

ولما كانت السلطة التشريعية فى عهد الرسول ﷺ مركزة فى يده، لذلك يمكن اعتبار السنة نوعاً من التشريع بالمعنى الذي نقصده فى تطور القانون، لصدورها من ولي أمر المسلمين، وقد اشتملت السنة على أحكام مفسرة ومفصلة للمبادئ الأساسية الواردة فى القرآن الكريم، كما فى الزكاة. وكذلك أضافت إليها بعض أحكام جديدة لم يرد عنها نص قرآني، كتوريث الجدة. وكذلك أتت ببعض قواعد تفيد تعديل حكم النصوص القرآنية الواردة عنها، فقد ورد أمر القرآن بالوصية «للوالدين والأقربين». ثم جاء فى السنة ما يفيد العدول عن ذلك وبأنه «لا وصية لوارث» خوفاً على مصالح باقى الورثة. أما الإجماع فيعتبر أيضاً مصدراً تشريعياً متفقاً عليه وثابت بقوله سبحانه وتعالى «وأمرهم شورى بينهم»، وقد كان مصدراً تشريعياً فى عهد الخلفاء الراشدين، وكان كل من أبى بكر وعمر رضى الله عنهما يجمع كبار الصحابة ويستشيرهم فيما لم يرد عنه نص فى الكتاب أو السنة، ويقرر ما يتفقون عليه ويكون حكماً عاماً ملزماً لجميع المسلمين، ومن ذلك اتفاق الصحابة فى عهد عمر على وضع حد لشارب الخمر ثمانين جلدة. وكذلك يعد من القرارات التشريعية ما يصدر من الخليفة أو ولى الأمر من القواعد الشرعية بقصد المحافظة على المصالح، ومن القرارات الصادرة في هذا الصدد بمبادئ جديدة أو معدلة للأحكام السالفة قرار عمر بن الخطاب باعتبار الطلاق الثلاث الذى ينطق به الزوج دفعة واحدة واقعاً نهائياً، وكان الحكم الشرعى قبل ذلك وقوعه طلقه واحدة، وكان عمر يرمى بقراره هذا إلى زجر الذين يسرفون فى الطلاق فى أمورهم ويعبثون بالحياة الزوجية[١].

---

(١) الأستاذ / على بدوى: أبحاث التاريخ العام للقانون، الجزء الأول «تاريخ الشرائع»، ص٨٨ .

ثم أصاب الفقه الإسلامى بعد ذلك نوع من الركود، نتيجة لعوامل عديدة أهمها قفل باب الاجتهاد، وحينئذ اختفى أثر التشريع كعامل من عوامل تطور الفقه الإسلامى. ولكن بدأت حركة تجديد لدراسة ذلك الفقه منذ أواخر القرن الماضى، وبدأ يظهر أثر التشريع من جديد كعامل من عوامل تطور الفقه الإسلامى، غير أن أثره انحصر فى قيام السلطة الحاكمة بإلزام الناس بالسير على مذهب معين أو التوفيق بين آراء المدارس الفقهية المختلفة وإصدار تشريع بها. من ذلك إصدار مجلة الأحكام العدلية عام ١٨٦٩ - وقواعدها مستمدة من المذهب الحنفى - لتحكم العلاقات بين رعايا الدولة العثمانية ، ومجلة الالتزامات التونسية - وأحكامها مأخوذة عن مذهب الإمام مالك - والتشريعات التى أصدرها المشرع المصرى فى مسائل الميراث والوصية والولاية على النفس والمال.. إلخ، وهى قائمة على أساس اختيار الأوفق من المذاهب المختلفة(١).

المطلب الخامس

دور التشريع فى تطور القانون الحديث

يعتبر التشريع فى العصور الحديثة هو الوسيلة الوحيدة لتطور القوانين وتعديلها. ويرجع ذلك إلى سهولة الاستعانة به، وإلى وجود حكومات منظمة وازدياد رقابة الدولة على مناحى النشاط الاجتماعى، وإلى قيام هيئات لمتابعة الرأى العام وظروف الحياة والسير بالنصوص

(١) دكتور/ صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص٢٨٢ .

القانونية مع تقتضيه الحاجات الاجتماعية[١]. كما يرجع إلى تعاظم دور التشريع فى بداية القرن التاسع عشر، بسبب احتياج المجتمع الرأسمالى -نتيجة للتطور الهائل فى العلاقات التجارية والنشاط الصناعى - إلى أداة لتنظيم هذه العلاقات تتسم بالدقة والوضوح والثبات، من أجل ضمان التطور المستمر والمنتظم للعلاقات الاقتصادية والاجتماعية الجديدة والمعقدة، وكان التشريع هو هذه الأداة، لأنه هو وحده المؤهل لحكم هذه العلاقات الاقتصادية والاجتماعية، فهو الذى يسمح للفقهاء بحساب المتغيرات المختلفة التى تترتب على تطبيقه، وهو الأداة السريعة التى لا تحتاج إلى وقت طويل[٢].

وقد صاحب تعاظم دور التشريع ظهور فكرة التقنين، بمعنى إدماج الأحكام المطبقة فعلاً والمتعلقة بفرع من فروع القانون في مجموعة واحدة (Code) تصدر من السلطة صاحبة التشريع في شكل قانون (Loi)، سواء كان مصدر تلك الأحكام عرفاً أو قانوناً مكتوباً[٣].

وإذا كانت ظاهرة التقنين معروفة من قديم الزمان، فإن أول تقنين صدر فى العصر الحديث كان فى فرنسا بعد قيام الثورة الفرنسية حينما أمر

---

(١) الأستاذ / على بدوى: أبحاث التاريخ العام للقانون، الجزء الأول «تاريخ الشرائع»، ص٨٩ .

(٢) دكتور/ محمد نور فرحات: الفكر القانونى والواقع الاجتماعى، طبعة ١٩٨١، دار الثقافة للطباعة والنشر، ص٣١ .

(٣) دكتور/ أحمد حشمت أبو ستيت: أبحاث فى أصول القانون، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة، العدد السادس، ١٩٣٥، ص٦٤٧ .

«نابليون بونابرت» بتجميع القانون الفرنسى فى مجموعات أو تقنينات[١]. وقد أثرت مجموعة نابليون على مشرعى البلاد الأخرى، الذين قاموا بدورهم بتدوين قوانينهم[٢]. وكافة القوانين التى صدرت فى العالم يجرى عليها التعديل - فهى ليست نصوص مقدسة - لتطويرها مع التطور الاجتماعى والاقتصادى والسياسى[٣].

---

(١) تنفيذاً لهذا الأمر، صدر القانون المدنى فى ٢١ مارس عام ١٨٠٤، وقانون الإجراءات المدنية في ٢٤ ابريل ١٨٠٦ ، والقانون التجارى عام ١٨٠٧، وقانون الإجراءات الجنائية عام ١٨٠٩، وقانون العقوبات عام ١٨١٠ .

(٢) تم تقنين القانون الهندى عام ١٨٠٦، وقانون العقوبات العثمانى عام ١٨٦٥، والقانون المدنى الإيطالى عام ١٨٦٥، والقانون الجنائى الإيطالى عام ١٨٦٦، والقانون المدنى لشمال كندا عام ١٨٦٦، والقانون المدنى التركى عام ١٨٦٩، والقانون الجنائى الألمانى عام ١٨٧٠، والقانون المدنى الألمانى عام ١٨٩٦، والقانون اليابانى عام ١٨٩٦، والقانون الجنائى السودانى - وهو مستمد من القانون الهندى - عام ١٨٩٩، والقانون المدنى البرازيلى عام ١٩١٦، والقانون المدنى السوفيتى عام ١٩٢٣، والتقنين الصينى عام ١٩٢٩ .

وفى مصر صدرت القوانين المختلطة عام ١٨٧٦، وهى : القانون المدنى، والقانون التجارى، والقانون البحرى ، وقانون المرافعات، وقانون العقوبات، وقانون الإجراءات الجنائية. وفى عام ١٨٨٣ صدرت قوانين أهلية مماثلة للقوانين المختلطة لتطبيقها المحاكم الأهلية (الوطنية)، وعدلت هذه القوانين مراراً، فنقح القانون الجنائى تنقيحاً جوهرياً عام ١٩٣٧، وعندما ألغيت المحاكم المختلطة فى ١٥ أكتوبر عام ١٩٤٩ بموجب معاهدة مونترو عام ١٩٣٧، صدرت المجموعة المدنية الجديدة ومجموعة المرافعات فى ١٥ أكتوبر عام ١٩٤٩، وصدر قانون الإجراءات الجنائية الجديد عام ١٩٥٠ .

(٣) دكتور/ محمد جمال عيسى: تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، طبعة ١٩٩٩، الناشر دار النهضة العربية، ص١٤١ ومابعدها. ٤

محتويات الكتاب

رقم الإيداع بدار الكتب

١٨٧٢٢ / ٢٠٠٢

الترقيم الدولى .I.S.B.N

477-04-3959-2